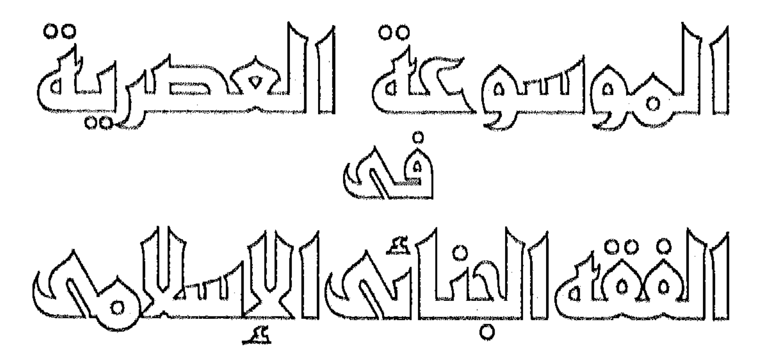
كتاب عبد القادر عوده

مع تعليقات آية الله السيد إسماعيل الصدر

وآراء للدكتور توفيق الشاوى والمشاركين



الجزء الثالث من المجلد الأول

من كتاب التشريع الجنائى الإسلامى مقارنًا بالقانون الوضعى

مركز السنهورى

دار الشروق

الموسوعة العصرية
فى
الفقه الجنائى الإسلامى

الطبعة الأولى
١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م

© دار الشروق
أسسها محمد المعلم عام ١٩٦٨

القاهرة : ٨ شارع سيبويه المصرى -
رابعة العدوية - مدينة نصر
ص . ب : ٣٣ البانوراما - تليفون : ٤٠٢٣٣٩٩
فاكس : ٤٠٣٧٥٦٧ (٢٠٢)
البريد الإلكترونى: email: dar@shorouk.com

مقدمة

الركن الثانى فى كل جريمة هو ما يتوافر لدى الجانى من عمد أو خطإ.. وفى هذا الجزء يتسع نطاق البحث ليشمل موضوع المسئولية من حيث أساسها وشروطها ودرجاتها وأثر الجهل والخطإ والنسيان عليها وكذلك رضا المجنى عليه.

ويدخل فى نطاق المسئولية دراسة علاقة السببية بين الفعل والنتيجة المعاقب عليها فى الجرائم التى فيها يشترط العقاب عند وقوع نتيجة معينة .

ومن أهم نقاط هذا الموضوع، ارتفاع المسئولية الجنائية أو انعدامها لوجود سبب من أسباب الإباحة التى توسع فقيهنا فى دراستها.

ولفقيهنا رأى خاص نؤيده، وهو عَدُّ الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر نوعا من أنواع الدفاع الشرعى عن المجتمع وصلاحه. وموضوع الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر يستحق منا عناية خاصة لأنه خاص بشريعتنا، ومن مميزاتها بسبب طبيعتها الدينية وصلة أحكامها الوثيقة بالأخلاق، وتضامن جميع أفراد المجتمع فى الدفاع عن مقوماته وقيمه ونظامه .

وقد توسعنا فى مناقشة رأيه فى موضوع الإهدار لأن لنا رأيا خاصا يخالف ما ذهب إليه، وما نسبه لجمهور الفقهاء من أسلافنا، وأولى حالاته إهدار النفس والمال فى حالة الحرب، وكل ما يتعلق بالنسبة لأثر حالة الحرب يليها ارتكاب فعل يوجب عقوبة حدية أو مقدرة مفروضة شرعا .

وسيرى القارئ أننا نميِّز الإهدار الكامل فى حالتين فقط، هما توافر حالة الدفاع عن النفس أو الوطن فى حالة الحرب أو الجهاد، وكذلك حق القضاء الكامل فى تطبيق الجزاءات الجنائية المقررة شرعا.

وفيما عدا ذلك فإننا نَعُدُّ الإهدار بالنسبة للأفراد نسبيا فقط، بمعنى أنه يكون لهم فقط الحق فى رفع الأمر للقضاء.

وقد عرضنا بالتفصيل وجهة نظرنا فى أن الفرد لا يجوز له توقيع عقوبات جنائية، حتى لو كانت حدا أو قصاصا، وحتى لو كان هو المجنى عليه. وللموضوع أهمية فى حالة ما إذا لو عجزت السلطة العامة أو امتنعت عن القيام بواجبها فى محاكمة الجانى ومجازاته .

ونظرية المسئولية تثير جدلا كبيرا حول مدى تمتع الإنسان بحرية الاختيار. وهذا الموضوع يسمى فى فقهنا موضوع الجبر والاختيار الذى له جوانب فلسفية وعقدية، لذلك أضفنا بحثا تكميليا لدراسة هذه الناحية، لأننا نعتقد أن مسئولية الانسان هى من أهم خصائص بنى آدم التى عجزت عن حملها السموات والأرض والجبال، وجعل الحساب الكامل عليها يوم الدين .

ولما كان الإيمان بالحساب والجزاء الأخروى أمام الله سبحانه وتعالى من أركان عقيدتنا الدينية، فإن المسئولية الجنائية فى الدنيا أمام القضاء تكون مكملة وممهدة للمسئولية الأخروية، ولهذا أثره فيما يتعلق بالتوبة وما يترتب عليها فى رفع المسئولية متى كانت جادة ونصوحا.

وتكملة لهذا البحث، ترجمنا ملخصا للتقرير الشامل الذى قدمه أستاذنا السنهورى إلى مؤتمر القانون المقارن عام ١٩٣٧ بعنوان "المسئولية المدنية والجنائية فى الشريعة الإسلامية"، ونشره بالفرنسية فى مجلة القانون والاقتصاد بعد ذلك بعدة سنوات فى سنة ١٩٤٥.

وانتهزنا الفرصة لترجمته إلى العربية فيما يتعلق بالمسئولية الجنائية وأضفنا أبحاثا إلى هذا الجزء فى نهايته .

الباب الثالث (من الكتاب الأول)

الركن الأدبى

〈عوده〉 ٢٧٣ـ *موضوع البحث* : سنتكلم فى هذا الباب على موضوعين : أولهما، المسئولية الجنائية. وثانيهما، ارتفاع المسئولية الجنائية. وسنخصص لكل موضوع فصلا خاصا.

الفصل الأول
فى المسئولية الجنائية

٢٧٤ - *موضوع البحث* : سنتكلم فى هذا الفصل على أساس المسئولية الجنائية، وعلى محل المسئولية الجنائية، وعلى سبب المسئولية ودرجاتها، ثم على قصد العصيان أو القصد الجنائى، وعلى أثر الجهل والخطإ والنسيان على المسئولية، وعلى أثر الرضاء على المسئولية، وعلى الأفعال المتصلة بالجريمة وعلاقتها بالمسئولية. وسنخصص لكل موضوع مبحثا خاصا.

المبحث الأول
فى أساس المسئولية الجنائية

٢٧٥ـ *عرض تاريخى للمسئولية الجنائية* :

أولا : فى القوانين الوضعية: كانت القوانين الوضعية فى العصور الوسطى وإلى ما قبل الثورة الفرنسية[1] تجعل الإنسان والحيوان بل والجماد محلا للمسئولية الجنائية. وكان الجماد يعاقب كالحيوان على مانسب إليه من أفعال ضارة، كما يعاقب الإنسان على ماينسب إليه من أفعال محرمة. وكانت العقوبة تصيب الأموات كما تصيب الأحياء، ولم يكن الموت من الأسباب التى تعفى الميت من المحاكمة والعقاب. ولم يكن الإنسان مسئولا جنائيا عن أعماله فقط، وإنما كان يسأل عن عمل غيره ولو لم يكن عالما بعمل هذا الغير، ولو لم يكن له سلطان فعلى على هذا الغير؛ فكانت العقوبة تتعدى المجرم إلى أهله وأصدقائه، وتصيبهم كما تصيبه على الرغم من أنه هو وحده الجانى وهم البرءاء من جنايته. وكان الإنسان يُعَدّ مسئولا جنائيا عن عمله، سواء أكان

---

(١) تراجع حاشيتنا على البند ٢٧٧ فيما بعد .

﴿عوده﴾ رجلا أم طفلا مميزا أم غير مميز، وسواء كان مختارا أو غير مختار، مدركا أو فاقد الإدراك.

وكانت الأفعال المحرمة لا تعين قبل تحريمها، ولا يعلم بها الناس قبل مؤاخذتهم عليها. وكانت العقوبات التى توقع غير معينة فى الغالب، يترك للقضاة اختيارها وتقديرها؛ فكان الشخص يأتى الفعل لم يحرم من قبل، فيعاقب عليه إذا رأى صاحب السلطان أن فعله يستحق العقاب، ولو لم يكن أحد عوقب من قبل على هذا الفعل، ولو لم يكن الفعل قد أعلن تحريمه من قبل. وكانت العقوبات على الفعل الواحد تختلف اختلافا ظاهرا؛ لأن اختيار نوعها وتقدير كمها متروك للقاضى، فله أن يعاقب بما شاء وكما يشاء دون قيد ولا شرط.

هذه هى بعض المبادئ البالية التى كانت القوانين الوضعية تقوم عليها، وهى مبادئ ترجع فى أساسها إلى نظرية المسئولية المادية التى كانت تسيطر على القوانين الوضعية، والتى تنظر إلى الصلة المادية البحتة بين الجانى والجناية، وبين الجانى وغيره من أهله والمتصلين به، ولاتحسب حسابا لملكات الجانى الذهنية، وقدرته على التفكير والتمييز والاختيار، وتوجيه إرادته للفعل، ومدى اتصال ذلك كله بالفعل المحرم وأثره عليه.

وقد ظلت هذه المبادئ سائدة فى القوانين الوضعية حتى جاءت الثورة الفرنسية[*]، فزعزعت هذه الأوضاع الجائرة، وأخذت تحل محلها من ذلك الحين مبادئ جديدة، تقوم على أساس العدالة وعلى جعل الإدراك والاختيار أساسا للمسئولية؛ فأصبح الإنسان الحى وحده هو محل المسئولية الجنائية، وأصبحت العقوبة شخصية لا تصيب إلا من أجرم ولا تتعداه إلى غيره، ورفعت المسئولية عن الأطفال الذين لم يميزوا، ووضعت عقوبات بسيطة للأطفال المميزين، وارتفعت المسئولية عن المكره، وفاقد الإدراك، وأصبح من المبادئ الأساسية فى القوانين أن لاجريمة ولا عقوبة إلا بقانون، وأن لاعقوبة إلا على الأفعال اللاحقة لصدور القوانين، وقيدت حرية القضاة فى اختيار العقوبة وتقديرها.

ثانيا : فى الشريعة الإسلامية : ومن يعرف شيئا قليلا عن الشريعة الإسلامية يستطيع أن يقول وهو آمن من الخطإ، إن كل هذه المبادئ الحديثة التى لم تعرفها القوانين الوضعية إلا فى القرن التاسع عشر والقرن العشرين، قد عرفتها الشريعة من يوم

(*) تراجع حاشيتنا على البند ٢٧٧ فيما بعد.

<عوده> وجودهـــا، وإنهـــا من المبادئ الأساسية التى تقوم عليها الشريعة. فالشريعة لاتعـــرف محلا للمسئولية إلا الإنسان الحى المكلف، فإذا مات سقطت عنه التكاليف ولم يعد محلا للمسئولية.

والشريعة تعفى الأطفال إلا إذا بلغوا الحلُم مما لا يعفى منه الرجال، لقوله تعالى : ﴿وإذا بلغ الأطفال منكمُ الحُلُم فليستأذنوا كما استأذن الذين من قبلهم﴾ [النور:٥٩]. ولقـــول الرسول ﷺ: "رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبى حتى يحتلم، وعن النائم حتى يصحو، وعن المجنون حتى يفيق". والشريعة لا تؤاخذ المكره ولا فاقد الإدراك، لقوله تعـــالى: ﴿إلاَّ من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان﴾ [النحل: ١٠٦]. وقوله تعالى : ﴿فمن اضـــطُر غير باغ ولاعاد فلا إثم عليه﴾ [البقرة : ١٧٣]. ولقول الرسول عليه الصلاة والسلام : "رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استُكرهُوا عليه".

ومـــن القواعد الأساسية فى الشريعة الإسلامية : ﴿ألاَّ تزر وازرة وزر أخرى * وأن لَّيس للإنسان إلا ما سعى﴾ [النجم :٣٨،٣٩]. فلا يسأل الإنسان إلا عن جنايته، ولايؤخذ بجناية غيره مهما كانت صلته به.

ومـــن القواعـــد الأساسية فى الشريعة الإسلامية، أن كل ما لم يحرم فهو مرخص لا عقـــاب على إتيانه، فإذا حرم فالعقوبة من وقت العلم بالتحريم، أما ما قبل ذلك فيدخل فى قوله تعالى: ﴿عفا الله عما سلف﴾ [المائدة:٩٥].

وليس للقضاة فى الشريعة الإسلامية أى شيء من الحرية فى اختيار العقوبة أو تقديرها فى جرائم الحدود والقصاص. أما التعازير، فلهم فيها حرية مقيدة. لهم أن يختاروا العقوبة مـــن بين عقوبات معينة، ولهم أن يقدروا كمية العقوبة إن كانت ذات حدين بما يتناسب مع ظروف الجريمة والمجرم، ولكن ليس لهم أن يعاقبوا بعقوبة لم يقررها أولو الأمر، ولا أن يرتفعوا بالعقوبة أو ينزلوا بها عن الحدود التى وضعها أو يضعها أولو الأمر.

هذه هى المبادئ الحديثة التى ابتدأت القوانين الوضعية تعرفها فى القرن الماضى، قد عرفـــتها الشريعة الإسلامية وطبقتها قبل القوانين الوضعية باثنى عشر قرنا. ومن المؤلم حقـــا أن يجهل أكثر رجال القانون فى البلاد الإسلامية هذه الحقائق الأولية، وأن يخيل إليهـــم من جهلهم بأحكام الشريعة أن القوانين الوضعية هى أول ما استحدث هذه المبادئ التشريعية.

❁ 273 – 275 - نظرية المسئولية وأصولها الشرعية :

إنــــا نَعُــدّ هذا الباب جزءا ثالثا من أجزاء القسم العام وموضوعه "المجرم"، إلى جانب الجزء الأول المتعلق "بالجريمة"، والجزء الثانى المتعلق "بالعقوبة". إلا أننا نلتزم بما سار عليه الشهيد من تقديمه كباب ثالث فى الجزء الأول تحت عنوان "الركن المعنوى" باعتــــبار أنه الركن الثالث للجريمة (التى هى موضوع الجزء الأول) حيث انتهينا من الركن الشرعى والركن المادى.

والموضــــوع الذى يشتمل عليه هذا الباب يدور حول مسئولية الشخص "المجرم" عن الجريمة – ولذلك يشتمل على فصلين :–

الأول : فى المسئولية الجنائية عموما – ويشتمل على أربعة "مباحث".

والثانى : فى موانع المسئولية وعوارضها – ويشتمل على "مبحثين" فقط.

* * *

لقد بيَّن القرآن الكريم بنص صريح أن الله سبحانه وتعالى قد ميَّز آدم "وذريته من بعده" بالاختيار (الإرادة) والمسئولية – أى تحمُّل الجزاء المترتب على أفعاله الاختيارية – وذلك فى قوله تعالى: ﴿إنا عرضنا الأمانة على السموات والأرض والجبال فأبين أن يحملنها وأشفقن منها وحملها الإنسان إنه كان ظلوما جهولا ..﴾[الأحزاب:٧٢] .

فى نظـــرنا أن الأمانــــة الـــتى تحملها الإنسان دون غيره هى مسئوليته عن أفعاله الاختيارية. ومن أجل ذلك منحه الله تعالى إرادة حرة للاختيار بين طريق الخير والشر. وينتج عن هذا الأصل الشرعى أن الإنسان المخاطب بالأحكام الشرعية هو المكلف. وشروط التكليف هى : حرية الإرادة، والرشد العقلى، ونسبة الفعل للمسئول عنه، وإمكانية علمه بالأمر التكليفى الذى يستحق الجزاء إذا خالفه.

هـــذا الأصـــل الإسلامى هو قمة التطور فى مسيرة البشرية ونظمها التى لم تصل القوانـــين الأخرى إلى مستواه إلا بعد تطورات عديدة استعرضها الشهيد وأشار إليها فى هـــذا البـــند. ونحن نلاحظ إشارته إلى أن ما حققته القوانين الوضعية من تقدم نحو المبادئ الجديدة قد سبقتها إليها شريعتنا بقرون كثيرة .

‹عوده› ٢٧٦ـ نظرية المسئولية الجنائية فى الشريعة والأسس التى تقوم عليها :

من المتفق عليه أن الأفعال المحرمة يؤمر باجتنابها أو يُنهَى عنها، لأن فى إتيانها أو تركها ضررا بنظام الجماعة أو بعقائدها أو بحياة أفرادها أو بأموالهم أو بأعراضهم أو بمشاعرهم، أو بغير ذلك من الاعتبارات التى تمس مصالح الأفراد أو مصالح الجماعة ونظامها. والأفعال التى تمس مصالح الأفراد تنتهى بمساس مصلحة الجماعة ونظامها. فالأفعال التى تحرم إذن لم تحرم إلا لحفظ مصالح الجماعة ونظامها، والعقوبات التى تفرض على هذه الأفعال إنما تفرض لحماية مصالح الجماعة ونظامها[1]. والأفعال التى تحرم لا تحرم لذاتها؛ لأن من هذه الأفعال ما قد يستفيد منه الفاعل ويعود عليه بالنفع كالسرقة وخيانة الأمانة والرشوة، فإنها تعود على الجانى بالكسب، وكالزنا فإنه يعود على الزانى باللذة وإطفاء الشهوة، وكالقتل للانتقام فإنه يعود على القاتل بشفاء نفسه من الحقد والشعور بالذلة والعار. فهناك فوائد محققه تعود على الجانى من ارتكاب الجريمة، ولكن هذه الفوائد التى قد يصيبها الجانى من جريمته تؤدى إلى إفساد الجماعة والإضرار بها وإنحلال نظامها، ولتلافى هذه النتائج حرمت هذه الأفعال؛ حماية للجماعة من الفساد وحفظا لنظامها من التفكك والانحلال.

والأفعال المحرمة بعضها يُعَدّ بطبيعته جريمة؛ لأنه يتنافى مع الأخلاق الفاضلة كالسرقة والزنا، وبعضها لا يُعَدّ بطبيعته جريمة، ولم يحرمه الشارع لأنه يمس الشرف أو يؤذى الأخلاق، وإنما حرمه لأن فى إباحته إضرارا بالجماعة، كتحريم حمل السلاح، وتحريم الانتقال من محل موبوء بمرض مُعْدٍ إلى محل غير موبوء، وتحريم الامتناع عن تلقى العلم؛ فمثل هذه الأفعال تحرم لحفظ مصالح الجماعة ودفع الضرر عنها. وإذا كانت الأفعال تحرم لمصلحة الجماعة، فإن العقوبة تفرض باعتبارها وسيلة لحماية الجماعة مما يضر بصوالحها ونظامها. ولما كانت العقوبة هى أمثل الوسائل لحماية الجماعة من الجريمة والإجرام، فإن العقوبة بهذا تصبح ضرورة اجتماعية لا مفر منها. ومثل العقوبة فى هذا كل وسيلة أخرى تقوم مقام العقوبة فى حماية الجماعة من الإجرام والمجرمين.

---

(١) راجع الفقرة ٤٣.

﴿عوده﴾ وإذا كانت العقوبة ضرورة اجتماعية، فإن كل ضرورة تقدَّر بقدرها؛ فلا يصح أن تكون العقوبة أكثر مما ينبغى لحماية الجماعة ودفع ضرر الإجرام عنها، كما لا يصح أن تكون أقل مما يجب لحماية الجماعة من الإجرام.

وتُعَدُّ العقوبة محقّقة لمصلحة الجماعة كلما بعدت عن الإفراط والتفريط، وهى تُعَدُّ كذلك كلما توافرت فيها العناصر الآتية :

١ – أن تكون العقوبة بحيث تكفى لتأديب الجانى وكفّه عن معاودة الجريمة، وأن تكون بحيث يستطيع القاضى أن يختار نوع العقوبة الملائمة لشخصية الجانى، وأن يقدِّر كمية العقوبة التى يراها كافية لتأديبه وكف أذاه. وهذا يقتضى تنوع العقوبات، وتعددها للجريمة الواحدة، وجعل العقوبات ذات حدين ليستطيع القاضى أن يختار العقوبة الملائمة ويقدر كميتها من بين حدى العقوبة الأدنى والأعلى[1].

٢ – أن تكون العقوبة كافية لزجر الغير عن ارتكاب الجريمة، بحيث إذا فكر فى الجريمة وعقوبتها وجد أن ما يعود عليه من ضرر العقوبة قد يزيد على ما يعود عليه من نفع الجريمة. وهذا يقتضى أن تكون أنواع العقوبات وحدودها العليا بحيث تنفّر من الجريمة.

٣ – أن يكون هناك تناسُب بين الجريمة والعقوبة، بحيث تكون العقوبة على قدر الجريمة؛ فلا يصح أن يكون عقاب قطع الطريق كعقوبة السرقة العادية، ولا يصح أن تكون عقوبة القتل العمد متساوية مع عقوبة القتل الخطإ. ولقد عاقبت الشريعة مثلا على السرقة بقطع اليد، ولكنها لم تعاقب على القذف بقطع اللسان، ولم تعاقب على الزنا بالخصَاء، وعاقبت على القتل العمد بالقصاص، ولكنها لم تعاقب على إتلاف الأموال بالقَصاص.

٤ – أن تكون العقوبة عامة، بحيث تطبق العقوبة المقررة للجريمة على من ارتكبها، فلا يعفى منها أحد لمركزه أو لشخصه أو لغير ذلك من الاعتبارات.

والعقوبة التى تتوافر فيها العناصر السابقة هى العقوبة العادية، ولا يصح أن تقع إلا على من ارتكب الجريمة وهو مدرك مختار، فإذا لم يكن الجانى مدركا أو مختارا فلا عقاب كقاعدة عامة. فالمجنون لايقتص منه إذا قتل غيره، ولايجلد إذا زنا وهو غير محصن،

---

(١) تسير الشريعة على هذه القاعدة فى كل الجرائم، إلا جرائم الحدود والقصاص، وقد بينا علة ذلك فى الفقرات من ٤٤٠ إلى ٤٤٢.

<عوده> وكذلك الصغير الذى لم يميز. ولكن امتناع العقوبات العادية لعدم الإدراك أو الاختيار لا يمنع الجماعة من حماية (وقاية) نفسها بالوسائل التى تراها كافية أو ملائمة. فالصغير غير المميز إذا لم يمكن الاقتصاص منه إذا قتل، فإنه يمكن أن يوضع فى ملجا، أو يرسل به لإحدى الإصلاحيات. والمجنون إذا لم يمكن عقابه، فإن من الممكن حماية (وقاية) الجماعة من شره بوضعه فى مستشفى. وهكذا، إذا امتنع عقاب الجانى بالعقوبات العادية، وكان من الضرورى اتقاء شره وحماية الجماعة منه، فإن للجماعة أن تتخذ من الوسائل (الاحترازية) ما تحمى به نفسها من شر الجانى ولو أنه غير مسئول ولا يمكن عقابه، كأن تضعه فى ملجأ أو مستشفى أو مدرسة على أمد محدود أو غير محدود، بحيث لايخرج منه إلا إذا أمن شره أو صلح حاله. وهذه الوسائل على اختلاف أنواعها وآثارها تعُدُّها الشريعة تعازير (وقائية)، فهى عقوبات ولكنها غير عادية أو هى عقوبات خاصة. والمقصود منها أساسا هو حماية الجماعة على أنه قد يقصد منها أيضا التأديب وإصلاح الجانى كما فى حالة الصغار.

ويعلل الفقهاء اشتراط الإدراك والاختيار لاستحقاق العقاب العادى بأن الله -جل ثناؤه وتقدست أسماؤه - خلق العباد وخلق الموت والحياة، وجعل ما على الأرض زينة لها ليبلو عباده ويختبرهم أيهم أحسن عملا، وأنه تعالى هيأ لهم أسباب الابتلاء فى أنفسهم وفى خارج أنفسهم. فأما فى أنفسهم، فقد خلق لهم العقول، والأسماع، والأبصار، والإرادات، والشهوات، والقوى، والطبائع، والحب، والبغض، والميل، والنفور، والأخلاق المتضادة المقتضية لآثارها اقتضاء السبب لمسببه. وأما فى خارج أنفسهم، فقد خلق لهم المنافع والمعانى التى تحرص النفوس عليها وتتنافس فى الوصول إليها، كما خلق لهم من المعانى والأسباب ما تكرهه النفوس وتعمل على دفعه عنها. ولم يترك الله جل شأنه الناس ودواعى أنفسهم وطبائعهم، بل ركب فى فطرهم وعقولهم معرفة الخير والشر والنافع والضار والألم واللذة ومعرفة أسبابها، ولم يكتف بمجرد ذلك حتى عرّفهم به مفصّلا على ألسنة رسله، وقطع معاذير الناس بأن أقام على صدق رسله من الأدلة والبراهين مالا يبقى معه لهم عليه حجة، ﴿لِيَهْلِكَ من هَلَكَ عن بَيِّنَة، ويَحيَى من حَيَّ عن بَيِّنَة﴾[الأنفال : ٤٢]. وصرَّف لهم طَرق الوعد والوعيد والترغيب والترهيب، وضرب لهم الأمثال وأزال عنهم كل إشكال، ومكنهم من القيام بما أمرهم به وترك ما نهاهم عنه غاية التمكين وأعانهم عليه بكل سبب، وسلطهم على قهر طباعهم، وأرشدهم إلى التفكر والتدبر وإيثار ما تقضى به عقولهم، وأكمل لهم دينهم

﴿عوده﴾ وأتم عليهم نعمته بما أوصلهم إليه على ألسنة رسله من أسباب العقوبة والمثوبة والبشـــارة والنذارة والرغبة والرهبة، وحقق لهم ذلك فجعل بعضه فى دار الدنيا ليكون عـــلما وأمـــارة لـــتحقق ما أخره عنهم فى دار الجزاء والمثوبة، ويكون العاجل مذكرا بالآجل. وكان من بعض حكمته أن حرم على الناس ما يضر بعقولهم وأبدانهم وأموالهم وما يضر بأفرادهم وجماعتهم ونظامهم، وشرع لهم من العقوبات عليه ما يقطع أطماعهم ويرد عدوانهم ويمنع تظالمهم، فإن سمعوا وأطاعوا لم يضرهم ذلك شيئا، وإن عصوا فقد حقـــت عليهم العقوبة بعصيانهم وعدوانهم، ولا عذر لهم بعد أن علموا بما حرم عليهم وما ينتظرهم من عقاب، وبعد أن أتوا ما أتوا وهم مختارون مدركون[1].

أمـــا ما لم يكن مدركا أو مختارا فلا عقاب عليه؛ لأن المكلّف بإتيان فعل أو تركه يجب أن يفهم الخطاب الموجه إليه أى الأمر والنهي، وهو لا يستطيع أن يفهم ذلك إلا إذا كـــان عاقلا. كما أنه لا يمكن القول بأن المكلّف عصى أمر الشارع إذا كان قد أكره على الفعل المحرم[2].

وســـنعرض عـــلى القارئ أنموذجا مما يقوله الفقهاء فى تعليل عدم العقاب فى هاتين الحالتين. وهذا القول لأبى الحسن الآمدى صاحب كتاب "الإحكام فى أصول الأحكام"، قـــال:[3] "اتفـــق العقـــلاء على أن شرط المكلّف[4] أن يكون عاقلا فاهما للتكليف، لأن التكليف خطاب، وخطاب من لا عقل له ولا فهم محال، كالجماد والبهيمة".

"ومـــن وجد له أصل الفهم لأصل الخطاب دون تفاصيله من كونه أمرا أو نهيا، ومقتضـــيا كالجماد والبهيمة، بالنظر إلى فهم أصل الخطاب، ويتعذر تكليفه أيضا إلا على رأى من يجيز التكليف بما لا يطاق؛ لأن المقصود من التكليف كما يتوقف على فهم أصل الخطاب فهو متوقف على فهم تفاصيله".

"وأما الصبى المميز وإن كان يفهم ما لا يفهمه غير المميز، غير أنه أيضا غير فاهم عـــلى الكمال ما يعرفه كامل العقل من وجود الله تعالى، وكونه متكلما مخاطبا مكلفا بالعبادة، ومن وجود الرسول الصادق والمبلغ عن الله تعالى، وغير ذلك مما يتوقف عليه

---

(١) إعلام الموقعين ج ٢ ص٢١٦، ٢١٤.

(٢) المستصفى للغزالى ج ١ ص ٨٣، ٨٤، ٩٠، فواتح الرحموت ج١ ص ١٤٣ وما بعدها، و ص ١٦٦، أصول الفقه للخضرى ص ١٩٩ وما بعدها.

(٣) الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى جـــ ١ ص ٢١٥ وما بعدها.

(٤) المكلف هو الشخص الذى يوجه إليه الأمر والنهى.

<عوده> مقصـــود التكليف، فنسبته إلى غير المميز كنسبة غير المميز إلى البهيمة فيما يتعـــلق بفـــوات شرط التكليف. وإن كان مقاربا لحالة البلوغ بحيث لم يبق بينه وبين البـــلوغ سوى لحظة واحدة، فإنه وإن كان فهمه كفهمه الموجب لتكليفه بعد لحظة، غير أنه لما كان العقل والفهم فيه خفيا، وظهوره فيه على التدريج، ولم يكن له ضابط يعرف به، جعل له الشارع ضابطا وهو البلوغ وحط عنه التكليف قبله تخفيفا عليه، ودليله قوله عليه السلام :"رفع القلم عن ثلاثة :عن الصبى حتى يبلغ، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يفيق".

"وعلى هذا، فالغافل عما كلف به والسكران المتخبط لايكون خطابه وتكليفه فى حالة غفلته وسكره أيضا، إذ هو فى تلك الحالة أسوأ حالا من الصبى المميز فيما يرجع إلى فهـــم خطـــاب الشـــارع وحصـــول مقصوده منه، وما يجب عليه من الغرامات والضمانات بفعله".

"واختـــلفوا فى المـــلجإ إلى الفعل بالإكراه بحيث لايسعه تركه فى جواز تكليفه بذلك الفعـــل إيجـــادا وعدمـــا. والحـــق أنه إذا خرج بالإكراه إلى حد الاضطرار، وصار نسبة مـــا يصدر عنه من الفعل إليه نسبة حركة المرتعش إليه، كان تكليفه به إيجادا وعدما غير جائـــز إلا على القول بتكليف مالا يطاق، وإن كان ذلك جائزا عقلا لكنه ممتنع الوقوع سمعـــا لقوله عليه السلام: "رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه". والمراد منه رفع المؤاخذة ... وأما إن لم ينته إلى حد اضطرار، فهو مختار وتكليفه جائز عقلا وشرعا".

هـــذه هى نظرية المسئولية فى الشريعة الإسلامية. وظاهر مما سبق أنها تقوم على أساسين :

أولهمـــا :- أن العقوبة فرضت لحماية الجماعة وحفظ نظامها وتحقيق الأمن لها؛ فهـــى ضـــرورة اجتماعية استلزمها وجود الجماعة، وكل ضرورة تقدَّر بقدرها. فإذا اقتضـــت مصـــلحة الجماعـــة أن تكون العقوبة قاسية غلظت العقوبة، وإذا اقتضت مصـــلحة الجماعـــة أن تخفف العقوبة خففت العقوبة، وإذا اقتضت مصلحة الجماعة استئصال المجرم استؤصل منها: إما بقتله وإما بحبسه حتى يموت أو ينصلح حاله.

ثانيهما : أن العقوبة العادية لايستحقها إلا من كان مدركا مختارا من المكلّفين، فإذا لم يكن المكلف مدركا أو مختارا فلا مسئولية عليه، وبالتالى لاعقاب. ولكن هذا لا يمنع الجماعة من أن تحمى نفسها من الشخص غير المسئول بالوسيلة "الوقائية" الملائمة لحاله وحال الجماعة، ولو كانت هذه الوسيلة عقوبة مادامت تلائم حال المعاقب.

❁ 276 – أساس الجزاء الجنائي: العقوبات وتدابير الوقاية و(التعازير الوقائية) :

الجزاء فى شريعتنا نوعان : أولهما، جزاء إلهى دينى. والثانى، جزاء دنيوى قضائى اجتماعى. وأساس الجزاء الدينى هو عقيدة الإيمان بالله واليوم الآخر. لذلك، فإن المسئولية العامة النهائية هى يوم الحساب الأخروى بعد البعث والنشور.

والأصل فى شريعتنا هو الإباحة، فلا عقاب إلا على الأفعال التى حرمها الله، والجزاء الأخروى شامل لكل الحسنات والسيئات.

لكن الجزاء الجنائى هو جزاء دنيوى قضائى واجتماعى، لا يكون مستحَقا فى الدنيا إلا على عدد محدود من الأعمال بسبب خطورها على المجتمع وما تحدثه من ضرر بأمن الجماعة وسلامتها، الأمر الذى يجعلها مخالفة للقيم الأخلاقية، لذلك يتكفل الشارع بالنص عليها مقدّما طبقا للمبدإ الذى أشرنا إليه فى دراسة الركن الشرعى والذى يعبر عنه بأنه "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"، على التفصيل الذى أشرنا إليه فيما يتعلق بالنصوص المقررة للحدود والقصاص (فى الكتاب والسنّة) والنصوص المقررة للتعازير (فى الفقه والتقنين).

لهذا السبب، فإن توقيع الجزاء الجنائى هو إجراء اجتماعى استثنائى بررته الضرورة، وله شروط تحول دون التوسع فيه بصورة تهدد حقوق الإنسان وحرياته وحرماته الأساسية.

وقد بيّن فقيهنا العناصر التى تستوجب ضرورة العقوبة التعزيرية – لحماية المجتمع وسلامته – واستطرد لتسويغ ما يُعَدّ فى عصرنا من "تدابير وقائية" تجيز شريعتنا للمجتمع اتخاذها فى نطاق التعازير، لمنع وقوع الضرر على المجتمع من أفعال منسوبة لأشخاص لا تتوافر لديهم شروط الأهلية للتكليف والمسئولية أو العقوبات الجنائية، مثل عديمى الأهلية أو ناقصيها. وهذا يدل على أن فقهنا قد سبق التشريعات العصرية التى لم تعرف هذه التدابير "الوقائية" إلا فى عصور متأخرة، أما فقهاؤنا فقد أدخلوها فى نطاق التعازير، ولم يضعوا لها تسمية خاصة بها، ولذلك فإن فقيهنا يصفها دائما بأنها عقوبات مع أنها ليست كذلك، ونلاحظ أنه تردد فى ذلك، فوصفها بأنها "عقوبات خاصة"، أو أنها "غير عادية"، والصواب أنها تدابير احترازية أو وقائية وليست عقوبات، وإن كانت تدخل فى نطاق التعازير التى هى ليست كلها عقوبات.

❁ أساس الجزاء الجنائي مصلحة المجتمع دائما :

كمـــا أنـــه هنا يؤكد ما قلناه من قبل دائما بأن الأفعال التى تمس مصالح الأفراد تنتهى بمساس مصلحة الجماعة وأمنها ونظامها - فالأفعال التى تحرم لم تحرم إلا لحفظ مصـــالح الجماعة، وسوف نؤكد ذلك عند معارضتنا لما يقوله البعض بأن هناك جرائم تمـــس مصـــالح الأفراد وأخرى تهدد مصالح الجماعة؛ لأن الصواب فى نظرنا أن جميع الجـــرائم تضر بمصالح الجماعة، ولاتوجد جريمة يجوز القول بأنها تضر بمصلحة الفرد فقط.

﴿عوده﴾ **٢٧٧ـ *نظرية المسئولية الجنائية فى القوانين الوضعية***: وإذا كانت الشريعة الإسلامية قد عرفت النظرية التى بسطناها منذ ثلاثة عشر قرنا ولم تعرف غيرها، فإن القوانين الوضعية قد عرفت أكثر من نظرية واحدة. فقبل الثورة الفرنسية كانت المسئولية الجنائية قائمة على أساس النظرية المادية، ومقتضاها العقاب على أى فعل أيا كان مرتكبه، وبغض النظر عن صفته وحالته. وقد أدت هذه النظرية إلى عقاب الإنسان والحيوان والجماد، وأدت إلى عقاب الأحياء والأموات والأطفال والمجانين.

وبعد الثورة الفرنسية(*) قامت المسئولية الجنائية على أساس من فلسفة الاختيار. ويسمى هذا المذهب بالمذهب التقليدى. وخلاصته، أنه لا يصح أن يسأل جنائيا إلا من يتمتع بالإدراك والاختيار، وأن الإنسان وحده هو الذى تتوافر فيه هاتان الصفتان، وأن الإنسان بعد سن معينة يستطيع أن يميز بين الخير والشر ويختار بينهما، ومثل هذا الشخص هو الذى توجه إليه أوامر الشارع ونواهيه، فإذا خالف الشارع مع قدرته على الإدراك والاختيار، كان من العدل أن يعاقب جزاء على مخالفة أمر الشارع. فأساس المسئولية هو الإدراك والاختيار، والعقوبة مفروضة ضمانا لتنفيذ أمر الشارع، وجزاء عادلا على مخالفته.

وبعد أن ساد المذهب التقليدى زمنا، ظهر المذهب الوضعى، وهو قائم على فلسفة الجبر، وخلاصته أن المجرم لايأتى الجريمة مختارا، وإنما يأتيها مدفوعا إليها بعوامل لاقبل له بها ترجع إلى الوراثة والبيئة والتعليم والتركيب الجثمانى. وإذا كان الجانى لاخيار له فى ارتكاب الجريمة، فقد امتنع عقابه طبقا للمذهب التقليدى، ولكن يمكن عقابه إذا عُدَّت العقوبة وسيلة من وسائل الدفاع عن الجماعة وحمايتها، وعلى أساس هذا المذهب يعاقب الإنسان سواء كان مختارا أو غير مختار، مدركا أو غير مدرك، عاقلا أو مجنونا، وإنما تختلف العقوبة التى تصيب كل جان باختلاف سنه وعقليته. وقد أخذت بعض القوانين بهذا المذهب، ومنها القانون السوفيتى الصادر فى سنة ١٩٢٦، ولكن أكثر الدول لم تأخذ به.

ثم ظهر بعد ذلك مذهب آخر قصد منه التوفيق بين المذهبين السابقين، ويسمى مذهب الاختيار النسبي. ويرى أصحابه الإبقاء على المذهب التقليدى لأن الإنسان

(*) ظاهر من الهامش رقم (١) فيما بعد أن تضخيم آثار الثورة الفرنسية نقله فقيهنا عن كتاب الأستاذ على بدوى الذى نقله بلا شك عن بعض الكتب الفرنسية، وتراجع حاشيتنا على هذا البند ٢٧٧فيما بعد.

‹عوده› مهمـــا كـــان اختياره محدودا فإن لإرادته دخلا فى الجريمة. ولكن المذهب الجديد يضيف إلى المذهب القديم فكرة أخرى، وهى أن للمشرع أن يحمى الجماعة من إجـــرام الأشخاص الذين يمتنع عقابهم لانعدام إدراكهم أو اختيارهم، بأن يتخذ معهم إجـــراءات (وقائيـــة) خاصة مناسبة لحالتهم. وهذا المذهب هو الذى يسود القوانين الوضعية اليوم[1].

ويلاحـــظ أن المذهـــب القانونى الأخير يؤدى إلى نفس النتائج التى يؤدى إليها مذهـــب الشـــريعة الإســـلامية، ولا يفترق عنه إلا فى أن نظرية الشريعة أدق منطقا وأفضل صياغة. فهى تجعل العقوبة ضرورة اجتماعية ووسيلة لحماية الجماعة، وتفرق فى تطـــبيق وســـائل حماية الجماعة بين الشخص المختار المدرك وبين فاقد الإدراك أو الاختيار. أما المذهب القانونى، فأساس العقوبة فيه مخالفة أمر الشارع وتحقيق العدالة. وهـــذا الأساس مأخوذ عن المذهب التقليدى، وهو أساس يتعارض منطقيا مع معاقبة غير المسئول، أو اتخاذ أى إجراء ضده، إذ لا يمكن أن يقال إن فاقد الإدراك والاختيار خالف امر الشارع، وإذا لم يكن قد خالف أمر الشارع فليس من العدالة فى شيء أن يؤاخـــذ بأى وجه من وجوه المؤاخذة. والشريعة الإسلامية، وإن كانت تجعل أساس المســـئولية الجـــنائية الإدراك والاخـــتيار، والمدرك المختار مسئولا كلما خالف أمر الشـــارع، وتَعُدُّ فاقد الإدراك أو الاختيار غير مسئول، إلا أنها تجعل العقاب (الجزاء) ضرورة اجتماعية ووسيلة لحماية المجتمع، وهذا يجعل من حق الشارع عقاب المسئول جـــنائيا بالعقوبـــة (أو الـــتدابير الوقائية) التى تحمى الجماعة منه، كما يجعل من حق الشارع أن يتخذ ضد غير المسئول الوسائل الملائمة لحماية الجماعة من شره وإجرامه إذا دعت الضرورة لذلك.

ويجـــب ألا ننسى بعد هذا أن نظرية الشريعة الإسلامية عُرفت منذ القرن السابع الميلادى، وأن أحدث المذاهب الوضعية لم يعرف إلا فى القرن العشرين، وأن ما يقال من أن القوانين تقوم على أسس حديثة لا تعرفها الشريعة هو قول أقل ما يقال فيه إنه يخالف الواقع .

---

(١) القانون الجنائى لعلى بدوى ص ٣٣٠، ٣٣٥.

عوده ٢٧٨ـ ***معنى المسئولية الجنائية فى الشريعة***: معنى المسئولية الجنائية فى الشريعة أن يتحمل الإنسان نتائج الأفعال المحرمة التى يأتيها مختارا وهو مدرك لمعانيها ونتائجها. فمن أتى فعلا محرما وهو لا يريده كالمكره أو المغمى عليه لا يُسأل جنائيا عن فعله، ومن أتى فعلا محرما وهو يريده ولكنه لا يدرك معناه كالطفل أو المجنون لا يسأل أيضا عن فعله.

فالمسئولية الجنائية فى الشريعة تقوم على ثلاثة أسس : أولها : أن يأتى الإنسان فعلا محرما. ثانيها : أن يكون الفاعل مختارا. ثالثها : أن يكون الفاعل مدركا[1]. فإذا وجدت هذه الأسس الثلاثة وجدت المسئولية الجنائية، وإذا انعدم أحدها انعدمت.

٢٧٩ـ ***معنى المسئولية الجنائية فى القوانين الوضعية***: معنى المسئولية الجنائية فى القوانين الوضعية الحديثة هو نفس معنى المسئولية الجنائية فى الشريعة الإسلامية. وأسس المسئولية فى القوانين هى نفس الأسس التى تقوم عليها المسئولية فى الشريعة، ولا يخالف الشريعة إلا القوانين التى تقيم نظرية المسئولية على فلسفة الجبر، وعدد هذه القوانين محدود.

والقوانين الوضعية عامة لم تكن كذلك قبل الثورة الفرنسية[*]، فقد كان للمسئولية الجنائية فى ذلك الوقت معنى آخر، وهو أن يتحمل الفاعل أيا كان نتيجة فعله سواء كان إنسانا أو غير إنسان، مختارا أو غير مختار، مميزا أو غير مميز؛ فكأن أغلب القوانين الوضعية تسير الآن فى نفس الطريق الذى سلكته (بدأته) الشريعة الإسلامية (قبلها منذ ثلاثة عشر قرنا).

(١) اخترنا التعبير بالإدراك على التعبير بالتمييز، لأن الفقهاء يجعلون التمييز أدنى درجة من الإدراك.

(*) تراجع حاشيتنا على البند ٢٧٧.

277 – 279 – التوفيق بين متطلبات الدفاع الاجتماعي الذى يجيز تدابير الوقاية، ومبدأ الاختيار الحر كأساس أخلاقي للمسئولية فى الشريعة والقوانين الوضعية:

فى مقارنــته بين أحكام الشريعة والقوانين "العصرية"، يشير إلى أن فقهنا قد جمع بــين مقصدين أساسيين هما الدفاع عن المجتمع الذى استوجب فى نظرهم اتخاذ تدابير لــلوقاية من التصرفات الضارة حتى ولو كان من يرتكبها من غير المكلفين شرعا – وذلك بصفة استثنائية – إلى جانب الأصل العام وهو أن المسئولية الأخلاقية والعقوبة الجنائية تقع على المكلفين وحدهم الذين يتوافر لهم العقل وحرية الإرادة والاختيار.

وقد انتقد الفلسفات الأوربية المتناقضة فى الفقه الأوربى لأن بعضها كان يكتفى بالقول بأن الاختيار والمسئولية الأخلاقية هو أساس وحيد وشرط للمسئولية ويسوّغ الجــزاءات الجنائية، ويتجاهلون ضرورات وقاية المجتمع من الأفعال التى تقع من غير المســئولين أخلاقيــا – فى حــين أن البعض الآخر منها يرجح الآن ضرورة الدفاع الاجــتماعى الذى يستوجب توقيع جزاءات على من لا تتوافر فيه شروط المسئولية الأخلاقيــة والأهلية للتكليف، ويتجاهل الجانب الأخلاقى الذى هو الأصل العام فى الجزاء الجنائى.

أمــا فقهاؤنــا، فقد أراحونا من هذا التذبذب بين الاتجاهين المتناقضين فى الفقه الأوربى، لأنهــم منذ البداية جمعوا بين هذين الأساسين فى نطاق التعزير الذى وسعوه ليدخل فى نطاقه تدابير وقائية أو احترازية لا تُعَدّ عقوبة جنائية متوقفة على المسئولية الأدبيــة والأخلاقية وتستلزم الأهلية اللازمة لتحمل تبعات العقاب الجنائى. وكل ما نلاحــظ عليه أنه لم يستعمل اصطلاح إجراءات الوقاية، بل إنه وصفها بأنها نوع من العقوبــات، وحجــته أن أسلافنا سموها تعازير، ناسيا أن كلمة تعازير عندهم لم تكن مرادفة للعقوبات كما يفهم كثيرون (ومنهم فقيهنا بكل أسف).

* * *

المهــم هنا أنه حرص على تأكيد أن ما توصلت إليه القوانين العصرية أخيرا فيما يتعــلق بالأســاس الأخلاقى للمسئولية الجنائية مع جواز التدابير الوقائية فى حالات معينة، يتفق مع ما سبقت إليه شريعتنا وقررته – فى نطاق التعازير – قبل ذلك بقرون طويلة؛ فلها فضل السبق إلى الجمع بين هذه المقاصد والتوفيق بينها برغم أن المذاهب الفلسفية الأوربية المختلفة ما زالت تتذبذب بينها.

❁ الفرنسيون فى كتبهم يغالون فى نسبة كل شىء جديد لثورتهم وبعض أساتذتنا يتابعونهم فى ذلك :

ويؤسفنا أن المراجع القانونية المصرية التى استمد منها معلوماته عن تطور القوانين الوضعية تأثرت كلها بالاتجاه الفرنسى الذى يجعل الثورة الفرنسية هى بداية كل تطور عصرى ... وتتجاهل ما تميزت به القوانين الألمانية والانجليزية ... فى عصر النهضة الأوروبية. وتنسى أن الفرنسيين فى كتبهم يغالون فى نسبة كل شىء جديد لثورتهم.

المبحث الثانى
فى محل المسئولية الجنائية

‹عوده› ٣٨٠ـ *الإنسان محل المسئولية*: ولما كانت الشريعة الإسلامية تشترط أن يكون الفاعل مدركا مختارا، فقد كان طبيعيا أن يكون الإنسان فقط هو محل المسئولية الجنائية، لأنه وحده هو المدرك المختار. أما الحيوان أو الجماد، فلا يمكن أن يكون محلا للمسئولية الجنائية لانعدام الإدراك والاختيار.

ومحل المسئولية هو الإنسان الحى، فلا يمكن أن يكون الميت محلا للمسئولية الجنائية حيث ينعدم بالموت إدراكه واختياره، ولأن القاعدة فى الشريعة أن الموت يسقط التكاليف. وإذا كان اشتراط الإدراك والاختيار يجعل الإنسان وحده محل المسئولية الجنائية، فإن توافر هذين الشرطين يستوجب فوق ذلك أن يكون الإنسان المسئول عاقلا بالغا مختارا. فإن لم يكن كذلك فلا مسئولية عليه؛ لأن غير العاقل لا يكون مدركا ولا مختارا، ومن لم يبلغ سنا معينة لا يمكن أن يقال إنه تام الإدراك والاختيار، وعلى هذا فلا مسئولية على طفل ولا مجنون أو معتوه أو فاقد الإدراك بأى سبب آخر، ولا مسئولية على مكره أومضطر.

الشخصيات المعنوية: وقد عرفت الشريعة الإسلامية من يوم وجودها الشخصيات المعنوية؛ فَعَدَّ الفقهاء بيت المال جهة، والوقف جهة، أى: شخصا معنويا. وكذلك عُدَّت المدارس والملاجئ، والمستشفيات وغيرها، وجعلت هذه الجهات أو الشخصيات المعنوية أهلا لتملك الحقوق والتصرف فيها، ولكنها لم تجعلها أهلا للمسئولية الجنائية؛ لأن المسئولية تبنى على الإدراك والاختيار وكلاهما منعدم دون شك فى هذه الشخصيات، لكن إذا وقع الفعل المحرم ممن يتولى مصالح هذه الجهات، أو الأشخاص المعنوية كما نسميها الآن، فإنه هو الذى يعاقب على جنايته ولو أنه كان يعمل لصالح الشخص المعنوى.

ويمكن عقاب الشخص المعنوى كلما كانت العقوبة واقعة على من يشرفون على شئونه أو الأشخاص الحقيقيين الذين يمثلهم الشخص المعنوى، كعقوبة الحل والهدم والإزالة والمصادرة، كذلك يمكن شرعا أن يفرض على هذه الشخصيات ما يحد من نشاطها الضار حماية للجماعة ونظامها وأمنها.

وإذا كان هذا هو حكم الشريعة الإسلامية من ثلاثة عشر قرنا أى: من يوم وجودها، فإن القوانين الوضعية كانت إلى عهد غير بعيد تجعل الإنسان والحيوان والجماد

﴿عوده﴾ محـــلا للمســـــئولية الجنائية، ولم تكن تفرق بين الإنسان الحى والميت ولابين المميز وغير المميز ولابين المختار والمكره؛ لأنها كانت تنظر إلى الجريمة بغض النظر عن فاعـــلها، ومن ثم كان العاقل البالغ والصبى غير المميز والمجنون والمعتوه يعاقبون على جـــرائمهم دون نظر إلى حالاتهم وعقلياتهم، بل كان الحيوان وكذلك الجماد يعاقب عـــلى ما يمكن أن ينسب إليه من أفعال جنائية. أما اليوم بعد أن تغيرت الأسس التى كانت القوانين الوضعية تقوم عليها فإن هذه القوانين لا تعرف محلا للمسئولية الجنائية غـــير الإنسان الحى، كما أنها تفرق فى حكمها بين المدرك المختار وبين فاقد الإدراك والاختيار، وبذلك أصبحت فى هذه النقطة مطابقة للشريعة الإسلامية.

٣٨١- *شخصية المســئولية الجنائية*: من القواعد الأولية فى الشريعة الإسلامية أن المسئولية الجنائية شخصية، فلا يسأل عن الجرم إلا فاعله، ولا يؤخذ امرؤ بجريرة غيره مهما كانت درجة القرابة أو الصداقة بينهما. وقد قرر القرآن الكريم هذا المبدأ العادل فى كثير من آياته. من ذلك قوله تعالى: ﴿ولاتكسب كل نفس إلا عليها ولا تزر وازرة وزر أخرى﴾ [الأنعام: ١٦٤]. ﴿ولاتزر وازرة وزر أخرى﴾[الأنعام: ١٦٤، الإسراء: ١٥، فاطر: ١٨، الزمر: ٧]، ﴿وأن ليس للإنسان إلا ما سعى﴾[النجم: ٣٩]، ﴿من عمـــل صـــالحا فلنفسه ومن أساء فعليها﴾[فصلت: ٤٦]، ﴿من يعمل سوءا يجز به﴾ [النساء: ١٢٣]. وجاءت أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم تؤكد هذا المبدأ حيث يقـــول: "لايؤخذ الرجل بجريرة أبيه ولابجريرة أخيه"، وحيث يقول لأبى رمثة وابنه: "إنه لا يجنى عليك ولا تجنى عليه".

ومبدأ شخصية المسئولية الجنائية يطبق تطبيقا دقيقا فى الشريعة الإسلامية من يوم وجودها. وليس لهذا المبدإ العام إلا استثناء واحد، وهو تحميل العاقلة الدية مع الجانى فى شـــبه العمد والخطإ. وأساس هذا الاستثناء الوحيد هو تحقيق العدالة المطلقة، أى نفـــس الأساس الذى قام عليه مبدأ شخصية العقوبة؛ لأن تطبيق هذا المبدإ على دية شـــبه العمد والخطإ لا يمكن أن يحقق العدالة المطلقة بل إنه يؤدى إلى ظلم فاحش[1]. ومـــن الفقهاء من لا يَعُدّ تحميل العاقلة الدية استثناء من مبدإ شخصية العقوبة، حيث يرى أنه ليس فى إيجاب الدية على العاقلة أخذهم بذنب الجانى، إنما الدية على القاتل. وأمر هؤلاء بالدخول معه فى تحملها على وجه المواساة له من غير أن يلزمهم ذنب جنايته.

---

(١) راجع الفقرة ٤٧٢.

 وقد أوجب الله فى أموال الأغنياء حقوقا للفقراء من غير إلزامهم ذنبا لم يذنبوه، بل على وجه المواساة، وأمر بصلة الأرحام بكل وجه أمكن ذلك، وأمر ببر الوالدين، وهذه كلها أمور مندوب إليها للمواساة وإصلاح ذات البين. فكذلك أمرت العاقلة بتحمل الدية عن قاتل الخطإ على جهة المواساة من غير إجحاف بهم وبه، وإنما يلزم كل رجل منهم ثلاثة دراهم أو أربعة مؤجلة ثلاث سنين. فهذا مما ندبوا إليه من مكارم الأخلاق. وقد كان تحمل الديات مشهورا فى العرب قبل الإسلام، وكان ذلك مما يُعَدّ من جميل أفعالهم ومكارم أخلاقهم، وقد قال النبى ﷺ : "بعثت لأتمم مكارم الأخلاق". فهذا فعل مستحسن فى العقول، مقبول فى الأخلاق والعادات[1].

وتأخذ اليوم القوانين الوضعية الحديثة بمبدإ شخصية المسئولية الجنائية، فلا يؤخذ بالجرائم غير جناتها، ولا تنفذ العقوبة إلا على من أجرم دون غيره. ولكن القوانين الوضعية لم تطبق هذا المبدأ بدقة تامة حتى الآن، والمتتبع لنصوصها يجد خروجا على هذا المبدإ فى كثير من الحالات. فالقانون المصرى مثلا، يَعُدُّ من اشترك فى تجمهر وهو عالم بالغرض منه مسئولا عن أى جريمة تقع من أحد المتجمهرين بقصد تنفيذ الغرض المقصود من التجمهر. كذلك يَعُدُّ مدبرى التجمهر مسئولين جنائيا عن أى جريمة يرتكبها أحد المتجمهرين، مع أن التطبيق الدقيق للمبدإ يستوجب عدم مسئوليتهم إلا إذا كانوا قد اتفقوا على ارتكاب هذه الجريمة أو حرضوا عليها.

ونجد مثل هذا فيما يقرره القانون المصرى من مسئولية رئيس تحرير الجريدة عما يكتب فى الجريدة ولو كان غائبا، وفى تحميل أصحاب بيوت العاهرات مسئولية المخالفات التى تقع ضد المواد ١٣، ١٤، ١٥، ١٦، ١٩ من لائحة العاهرات، وفى تحميل أصحاب المحلات العمومية مسئولية بعض الجرائم التى يرتكبها الغير فى هذه المحلات، وفى عَدّ الأب أو ولى الأمر مسئولا عن جريمة الصغير الذى حكم بتسليمه إليه إذا ارتكب الصغير جريمة ثانية فى خلال سنة من تاريخ الأمر بتسليمه، كما هو نص المادة ٦٩ من قانون العقوبات المصرى.

وإذا كان الشراح يعللون هذه الحالات بأن العقوبة تقع على خطإ من المعاقب لا على فعل غيره، فإنه من الواضح الذى لا جدال فيه أن خطأ المعاقب يفترض قانونا، وأنه يُعَدّ قائما بناء على فعل يقع من الغير لم يشترك فيه المعاقب بأى وسيلة من وسائل الاشتراك.

---

(١) أحكام القرآن لأبى بكر الرازى الجصاص ج ٢ ص ٢٢٤ .

﴿عوده﴾ ولم تكـــن القوانين الوضعية تطبق مبدأ شخصية المسئولية قبل الثورة الفرنسية(*) كما تطبقه اليوم، وإنما كانت تَعُدُّ المرء مسئولا عن عمله وعن عمل غيره ولو لم يكن عالما بعمـــل هـــذا الغـــير، ولو لم يكن له سلطان عليه. وكانت العقوبة تتعدى المجرم إلى أهله وأصدقائه، وتصيبهم كما تصيبه وهو وحده الجانى وهم البرآء من جنايته.

وإذا كـــانت القوانين الوضعية الحديثة قد أخذت أخيرا بمبدإ شخصية المسئولية الـــذى جـــاءت بـــه الشريعة الإسلامية من ثلاثة عشر قرنا، فإن الظاهر مما سبق أن القوانين الوضعية لم تصل فى تطبيق هذا المبدإ إلى الحد الذى وصلت إليه الشريعة، وأن دائرة تطبيقه فى القانون أضيق من دائرة تطبيقه فى الشريعة.

(*) تراجع حاشيتنا على البند ٢٧٧.

❁ 281،280 – الإنسان المسئول، والمسئولية شخصية:

الإنسان قد يكون جانيا أو مجنيا عليه. والأصل فى الجانى أن يكون مكلّفا، أى أن يكون إنسانا، أى شخصا طبيعيا. وما يسمى بالشخص المعنوى لا يمكن أن يتحمل مسئولية جنائية، وإنما يتحملها من يمثلونه أو يعملون باسمه من الأشخاص الطبيعيين.

وقد عرف فقهاؤنا أشخاصا معنوية تكون محل تكليف أو مسئولية مدنية، مثل بيت المال، والوقف، بل والمؤسسات الاجتماعية أو المدنية مثل المدارس والملاجئ والمستشفيات التى لها ذمة مالية، فلها أهلية التملك والتصرف بواسطة من يمثلونها، لكنها لا تتحمل المسئولية الجنائية، وإذا نسب إليها خطأ جنائى فإن المسئول عنه يكون الشخص الطبيعى الذى قام به نيابة عنها أو المشرفون على نشاطها.

* * *

الأصل فى شريعتنا مبدأ أنه "لاتزر وازرة وزر أخرى". وفقيهنا يشير إلى أن إلزام "العاقلة" بتحمل الدية فى جرائم الخطإ لا يجوز عدُّه استثناء على هذا المبدإ لأنه ليس المقصود به توقيع عقوبة جنائية على من لم يشاركوا فى الإثم من العاقلة، بل هو التزامهم الأخلاقى والاجتماعى بمساعدة أحد أفراد القبيلة لأداء ما يلتزم به من دية – والتضامن معه فى سداد الدية إنما هو مواساة له.

ونحن نضيف أن فى ذلك مواساة للمجنى عليه أيضا. أى أنه نوع من التأمين للمجنى عليه حق لا يضيع حقه فى حالة عجز الفرد الجانى عن سداد الدية وحده، خصوصا وأن الدية مستحقة للمجنى عليه أو ولى دمه، ففيها عنصر التعويض عن الضرر الذى أحدثته الجريمة، وتضامن العاقلة فى سدادها يُعَدُّ فى نظرنا نوعا من الضمان الاجتماعى لصالح المجنى عليهم المتضررين من الجريمة وليس عقوبة جنائية.

والأمثلة التى ذكرها عن مسئولية المشتركين فى التجمهر أو رئيس التحرير وأصحاب بيوت الدعارة – فى القانون الوضعى – ليست من هذا القبيل، ولايصح عَدُّها من قبيل التضامن مع مرتكب الفعل، بل هى عقوبات أساسها الخطأ أو التقصير الذى افترضه الشارع ولايقبل إثبات العكس. وهذا توسع فى المسئولية الجنائية بجعلها مبنية على خطإ مفترض فى القوانين الوضعية. لكنا نرى أنه إذا قررته الجماعة تعزيرا فإنها تكون فى شريعتنا مجرد تدابير وقائية فى نظرنا، لذلك فإنها تكون جائزة على هذا الأساس – على أن تطبق عليها أحكام التعازير الوقائية.

٢٨٢ـ المجنى عليه :- المجنى عليه هو من وقعت الجناية[1] على نفسه، أو على ماله، أو على حق من حقوقه. ولا تستلزم الشريعة أن يكون المجنى عليه مختارا مدركا كما استلزمت هذين الشرطين فى الجانى؛ لأن الجانى مسئول عن الجناية مأخوذ بها؛ ولأن المسئولية مترتبة على عصيان أمر الشارع[2]، وأوامر الشارع لا يخاطب بها إلا مدرك مختار. أما المجنى عليه فغير مسئول وإنما هو معتدى عليه، اكتسب بالاعتداء حقا قبل المعتدى وهو الجانى، وصاحب الحق لا يشترط فيه الإدراك ولا الاختيار، وإنما يشترط فيه فقط أن يكون أهلا لاكتساب الحقوق.

والحقوق التى تنشأ عن الجرائم على نوعين:[3] حقوق الله تعالى[4] وحقوق للآدميين . فأما النوع الأول فينشأ عن الجرائم التى تمس مصالح الجماعة ونظامها، وأما النوع الثانى فينشأ عن الجرائم التى تمس الأفراد وحقوقهم. وعلى هذا، يصح أن يكون المجنى عليه إنسانا مميزا عاقلا أو مجنونا، ويصح أن يكون المجنى عليه طائفة من الناس كما لو بغت طائفة على أخرى، ويصح أن يكون المجنى عليه الجماعة كلها كما لو كانت الجريمة زنا أو ردة . وكما يصح أن يكون المجنى عليه شخصا طبيعيا، يصح أن يكون شخصا معنويا كأن يسرق الجانى مالا لشركة أو لوقف أو للدولة .

وإذا كان محل الجريمة حيوانا، أو مالا فى صورة الجماد، أو عقيدة من العقائد، فالمجنى عليه هو مالك الحيوان أو المال أو الهيئة التى تعتنق العقيدة .

---

(١) معنى الجناية فى الشريعة هو الجريمة أيا كانت، بغض النظر عما إذا كانت العقوبة المقررة عليها جسيمة أو بسيطة.

(٢) الأوامر التى يعاقب على عصيانها، إما أن يأمر بها الله أو الرسول أو أولى الأمر كالخليفة أو السلطان أو الحاكم. فإذا كان الآمر هو الله، فقد وجب الأمر بإيجابه وتعين لفاذه. أما إذا كان الآمر هو الرسول أو ولى الأمر، فإن الأمر لا يجب بإيجاب الرسول أو ولى الأمر، وإنما يجب الأمر؛ لأن الله أوجب علينا طاعة الرسول وأولى الأمر فى قوله : ﴿يأيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم﴾ [النساء: ٥٩]. فأمر الرسول وولى الأمر يجب بإيجاب الله، ومن ثم يكون كل أمر صادر من ولى الأمر مخالفا لأمر الله أو أمر الرسول باطل ولاتجب طاعته. راجع المستصفى للغزالى الجزء الأول ص ٨٣، وشرح مسلم الثبوت لعبد العلى الأنصارى ص ٢٥ ومابعدها.

(٣) راجع الفقرة ٧٤.

(٤) راجع الفقرة ١٧٥.

<عوده> وظاهر مما سبق أن المجنى عليه فى كل الصور والأحوال هو الإنسان، إما بحُسبانه فردا وإما بحُسبانه منتميا لهيئة.

وتعُدُّ الشريعة الإنسان مجنيا عليه ولو لم ينفصل عن أمه. فمن أحدث جائفة[1] بامرأة حامل فأجهضت فقد جنى على شخصين هما الأم والجنين، حيث أجاف الأم وأسقط الجنين، ووجبت عليه عقوبتان هما أرش[2] الجائفة ودية الجنين[3]. وإذا شربت الأم دواء فأجهضت فعليها دية الجنين[4].

ويعرف البعض الجنين فى هذا المقام بأنه ما طرحته المرأة من مضغة أو علقة مما يعلم أنه ولد. ويرى البعض أن الجنين هو ما استبانت خلقته، ويرى البعض الثالث أن الجنين هو ماوجدت الحياة فيه[5].

والقاعدة فى الشريعة أن الإنسان تنتهى شخصيته بموته؛ فإذا مات أصبح لا وجود له، وانتقلت أمواله وحقوقه إلى دائنيه وورثته. وإذا كانت نفس الإنسان وماله وحقوقه هى محل الجريمة، فلا يتصور أن يكون الإنسان بعد الموت محلا للجريمة إلا فى حالتين :

١ - الاعتداء على رفات الأموات: لا يُعَدُّ الاعتداء على جدث الميت أو رفاته جريمة واقعة على الميت بحُسبانه إنسانا، ولا يُعَدُّ الميت هو المجنى عليه، إنما يحرم الاعتداء على رفات الأموات بعَدّه شيئا محرما لدى الجماعة وله حرمته فى نفوسهم. فالمجنى عليه فى الجريمة هو الجماعة، والشريعة تعاقب مرتكبها بعَدّه معتديا على حرمة الأموات أو حرمة المقابر.

٢ - قذف الأموات : من القواعد الأولية فى الشريعة أن الدعوى لاتقام على القاذف إلا إذا تقدم المقذوف بالشكوى؛ لأن الجريمة تمس المجنى عليه مساسا شديدا وتتصل بعرضه وسمعته، ولأن للجانى الحق فى أن يثبت وقائع القذف، فإذا أثبتها أصبح المقذوف مسئولا عن الجريمة التى قذف بها ووجبت عليه عقوبتها. ولهذا، عُلّق

---

(١) الجائفة هى الجرح النافذ للتجويف الصدرى أو البطنى .

(٢) الأرش هو بعض الدية .

(٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٧، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٢٥، أسنى المطالب ج ٤ ص ٨٩، المغنى ج ٩ ص٥٣٥، ٥٤٢ .

(٤) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٨، أسنى المطالب ج ٤ ص ٩٢، المغنى ج ٩ ص ٥٥٧.

(٥) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٩٢ .

﴿عوده﴾ رفـع الدعـوى على شكوى المقذوف، فإذا شكى أخذت الدعوى سيرها. وإذا كان المقذوف حيا وقت القذف فله وحده حق الخصومة، فإن مات بعد القذف وقبل الشكوى فليس لغيره من ورثته أو عصابته أن يخاصم القاذف ويشكوه إلا إذا كـان المقذوف قد مات قبل العلم بالقذف. أما إذا مات بعد الشكوى فتحل ورثته محله عند مالك والشافعي وأحمد، وتسقط الدعوى بموته عند أبي حنيفة، لأنه يرى أن حق المخاصمة فى دعوى القذف ليس حقا ماليا حتى يورَّث.

وإذا كان المقذوف ميتا، فجمهور الفقهاء يبيحون رفع الدعوى على القاذف بناء على شكوى الورثة أو الأصول والفروع. وحجتهم فى ذلك أن القذف يتعدى الميت إلى الأحيـاء، وأنهـم قدح فى نسبهم فكأن القاذف قذفهم معنى، ولهذا كان لهم حق تحريك الدعوى دفعا للعار عن أنفسهم. ويرى بعض الفقهاء أن العار يلحق الأصول والفروع دون غيرهم، ولهذا قصر حق المخاصمة عليهم. ويرى البعض أن العار يلحق كـل الورثـة، وأصحاب هذا الرأى يبيحون للورثة جميعا حق المخاصمة. وعلى كل حـال، فمن له حق المخاصمة يستطيع أن يخاصم دون توقف على غيره ممن له نفس الحق، ولو كان هذا الغير أقرب درجة للميت، أى أن الأبعد يستطيع أن يخاصم ولو لم يخاصم الأقرب[1].

وإذا كان الفقهاء يعللون المخاصمة بأنها لدفع العار عن المخاصِم من أصول الميت أو فـروعه أو ورثـته، وكـان للأبعد أن يخاصم مع وجود الأقرب، فمعنى ذلك أن الدعـوى قصد منها حماية الأحياء لا حماية الميت، ودفع العار عنهم لا عنه، خصوصا وأن القذف يتعدى دائما المقذوف إلى غيره، إذ القذف فى الشريعة معناه نفى النسب عـن المقذوف أو نسبة الزنا إليه. فالمقذوف، سواء كان رجلا أو امرأة، إذا نفى عنه نسبه تعدَّاه نفيُ النسب إلى أصوله وفروعه وورثته، وإذا كان امرأة فنسب إليها الزنا تعداها القذف إلى أصولها وفروعها وورثتها.

٢٨٣ـ *الشـريعة والقـانون* : تتفق القوانين الوضعية مع الشريعة الإسلامية فيما قلناه عن المجنى عليه، فيصح فيها أن يكون المجنى عليه إنسانا مميزا أو غير مميز، عاقلا أو

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٥، الزيلعى ج ٣ ص ٢٠٣، ٢٠٤، الشرح الكبير ج ١ ص ٢٣٠ وما بعدها، المهذب ج ٢ ص ٢٩٢.

﴿عوده﴾ مجنونا، ويصح أن يكون إنسانا طبيعيا أو معنويا، وفردا أو جماعة. كما أن القوانين الوضعية تحمي الجنين قبل أن ينفصل عن أمه، فتعاقب على الإجهاض[1] سواء حدث من الأم أو من غيرها، وتحمي جدث الميت ورفاته، فتعاقب من ينتهك حرمة القبور[2]، وهي في ذلك تتفق مع الشريعة.

أما فيما يتعلق بالقذف فالرأى السائد في القوانين الوضعية اليوم أن القوانين توضع لحماية الأحياء دون الأموات[3]، ومن ثم فقذف الميت لا عقاب عليه إلا إذا تعدى أثر القذف إلى الأحياء من ورثة المقذوف أو ذوى قرباه فلا مانع إذن من المحاكمة والعقاب.

وبعض القوانين لا يعلق رفع الدعوى على شكوى المقذوف أو ورثته كما هو الحال في القانون المصرى، ولكن بعض القوانين يشترط لرفع الدعوى شكوى المقذوف كما هو الحال في القانون الفرنسي، فإذا مات المجنى عليه سقط بموته حق الشكوى إلا إذا قصد من القذف المساس بكرامة أسرة المقذوف وذويه الأحياء فيحق لهم حينئذ أن يرفعوا الشكوى باسمهم.

واتجاه القوانين الوضعية في قذف الأموت لا يكاد يختلف عن اتجاه الشريعة، فدعوى القذف في الشريعة تمس دائما أسرة المقذوف وأهله. فإذا أجازت الشريعة للورثة رفع الدعوى دون قيد، فإن هذا يساوى تماما ما أجازته القوانين للورثة من رفع الدعوى في حالة المساس بهم؛ لأن القوانين لا تقصر القذف على نسبة الزنا ونفى النسب كما هو الحال في الشريعة، وإنما تَعُدُّ القوانين قاذفا كل من أسند لغيره واقعة توجب احتقاره. ومن المسلم به أن كثيرا مما يُعَدُّ قذفا في القوانين لا يمس ورثة المقذوف أو أهله الأحياء، أما نسبة الزنى للمقذوف ونفى النسب عنه فلا شك في أنه يمسهم. ومن ثم يمكن القول : بأن القوانين تجيز دائما ودون قيد لورثة المقذوف وأهله الأحياء أن يرفعوا الدعوى في هاتين الحالتين على القاذف. أما تعليق الدعوى على شكوى المقذوف فقد رأينا أن بعض القوانين كالقانون الفرنسي يتفق مع الشريعة في هذا المبدإ، وأن قوانين أخرى منها القانون المصرى لا تعلق رفع الدعوى على شكوى القاذف.

---

(١) راجع المواد ٢٦٠ - ٢٦٤ من قانون العقوبات المصرى.

(٢) راجع المادة ١٦٠ من قانون العقوبات المصرى.

(٣) أحمد أمين ص ٥٤٤، ٥٥٥ - القانون الجنائي لأحمد صفوت ص ١٥٣ ومابعدها، شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والسعيد مصطفى ص ٣٥٨.

۞ 282، 283 – المجتمع مجنى عليه دائما فى نظرنا :

لقد توسع فى بيان صفات من وقعت عليه الجريمة، وأنه قد يكون شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا أو جماعة. ولم نكن فى حاجة لذلك التفصيل فى رأينا، لأن المجنى عليه فى جميـــع الجرائم فى نظرنا هو المجتمع وأمنه واستقراره. والأمثلة التى ذكرها عن الاعتداء عـــلى حـــرمة الموتى أو مقابرهم، أو سمعة الأموات فى جريمة القذف فى حقهم، ليست استثناءات بل هى تؤيد هذا النظر، لأن مثل هذه الاعتداءات تُعَدُّ إخلالا بنظام المجتمع الذى يضمن لأفراده حرمة سواء كانوا أحياء أو أمواتا، أفرادا أو جماعات.

وتوسع فى المقارنة بين القوانين الوضعية وأحكام الشريعة فيما يتعلق بجريمة القذف الـــتى افـــترض أنها مقصورة على حالة القذف المعاقب عليه بالحد فى شريعتنا، وهذا افـــتراض غـــير صحيح – لأننا نرى أن عقوبات التعزير يمكن أن توقع على مرتكب جميـــع أفعال القذف فى حالة عدم توافر الشروط اللازمة لتوقيع عقوبة الحد، وبالتالى فإن الجزاء الجنائى الشرعى– تعزيرا – يمكن أن يتسع لجميع صور القذف التى يعاقب عـــليها فى القوانين الوضعية إذا رأت الأمة ومجتهدوها ذلك برغم أنها لا تتوافر فيها الشروط اللازمة لعقوبة الحد فى القذف. وعلى العموم، سوف نعود لذلك عند الكلام عن الجرائم الخاصة فيما بعد.

المبحث الثالث

سبب المسئولية ودرجاتها

﴿عوده﴾ ٣٨٤ـ *سبب المسئولية الجنائية وشرطها* : السبب هو ما جعله الشارع علامة على مسببه، وربط وجود المسبب بوجوده، وعدمه بعدمه، بحيث يلزم من وجود السبب وجود المسبب ومن عدمه عدمه(١).

والشرط هو ما يتوقف وجود الحكم الشرعى على وجوده، ويلزم من عدمه عدم الحكم(٢).

وسبب المسئولية الجنائية هو ارتكاب المعاصى، أى إتيان المحرمات التى حرمتها الشريعة، وترك الواجبات التى أوجبتها. وإذا كان الشارع قد جعل ارتكاب المعاصى سببا للمسئولية الجنائية، فإنه جعل وجود المسئولية الشرعى موقوفا على توافر شرطين لا يغنى أحدهما عن الآخر، وهما : الإدراك والاختيار، فإذا انعدم أحد هذين الشرطين انعدمت المسئولية الجنائية، وإذا وجد الشرطان معا وجدت المسئولية. فالسرقة معصية حرمها الشارع وجعل القطع عقوبة لفاعلها. فمن سرق مالا من آخر فقد جاء بفعل هو سبب للمسئولية الجنائية، ولكنه لا يسأل شرعا إلا إذا وجد فيه شرطا المسئولية وهما الإدراك والاختيار، فإن كان غير مدرك كمجنون مثلا فلا مسئولية عليه، وإن كان مدركا ولكنه غير مختار فلا مسئولية عليه أيضا.

وإذا وجد سبب المسئولية، وهو ارتكاب المعصية، ووجد شرطاها، وهما الإدراك والاختيار، عُدَّ الجانى عاصيا، وكان فعله عصيانا أى خروجا على ما أمر به الشارع، وحقت عليه العقوبة المقررة للمعصية. أما إذا ارتكبت المعصية، ولم يتوافر فى الفاعل شرطا المسئولية أو أحدهما، لا يُعَدُّ الفاعل عاصيا ولا يُعَدُّ فعله عصيانا. وإذن فالوجود الشرعى للمسئولية الجنائية متوقف على وجود العصيان، وعدمها تابع لعدمه.

والعصيان فى الشريعة يقابل الخطأ والخطيئة (La Faute) فى تعبير القوانين الوضعية، ولكن التعبير بالعصيان أدق فى دلالته على المعنى المقصود، (وهو مخالفة أمر الشارع)

---

(١) أصول الفقه للأستاذ عبد الوهاب خلاف ص ٩١.

(٢) أصول الفقه للأستاذ عبد الوهاب خلاف ص ٩٣.

 من التعبير بالخطإ والخطيئة، فضلا عن أن التعبير الأخير يؤدى إلى الخلط بين لفظ الخطإ بمعنى غير المتعمد، وبين لفظ الخطإ بمعنى مخالفة أمر الشارع.

٢٨٥ - *درجات المسئولية* : رأينا فيما سبق أن الوجود الشرعى للمسئولية الجنائية يتوقف على وجود العصيان، فمن الطبيعى إذن أن تكون درجات المسئولية تابعة لدرجات العصيان . والأصل فى هذه المسألة أن الشريعة الإسلامية تقرن دائما الأعمال بالنيات وتجعل لكل امرئ نصيبا من نيته. وهذا معنى قول الرسول صلى الله عليه وسلم : "إنما الأعمال بالنيات. وإنما لكل امرئ ما نوى". والنية محلها القلب ومعناها القصد، فتقول العرب نواك الله بحفظه أى قصدك الله بحفظه. فمن انتوى بقلبه أن يفعل ما حرمته الشريعة ثم فعل ما انتواه فقد قصده.

وتطبيقا لقاعدة اقتران الأعمال بالنيات لا تنظر الشريعة للجناية وحدها عندما تقرر مسئولية الجانى، وإنما تنظر إلى الجناية أولا وإلى قصد الجانى ثانيا، وعلى هذا الأساس ترتب مسئولية الجانى[1].

والمعاصى التى يمكن أن تنسب للإنسان المدرك المختار فيسأل عنها جنائيا لا تخرج عن نوعين :نوع يأتيه الإنسان وهو ينتوى إتيانه ويقصد عصيان الشارع، ونوع يأتيه الإنسان وينتوى إتيانه ولا يقصد عصيان الشارع، أو لا ينتوى إتيانه ولا يقصد العصيان ولكن الفعل يقع بتقصيره أو بتسببه. فالنوع الأول هو ما يتعمده قلب الإنسان، والنوع الثانى هو ما يخطئ به.

ولما كانت الشريعة الإسلامية تقرن الأعمال بالنيات كما قلنا، فقد فرقت فى المسئولية الجنائية بين ما يتعمد الجانى إتيانه وبين ما يقع من الجانى نتيجة خطئه، وجعلت مسئولية الجانى العامد مغلظة ومسئولية الجانى المخطئ مخففة. وعلة التغليظ على العامد أنه يتعمد العصيان بفعله وقلبه فجريمته متكاملة، وعلة التخفيف على المخطئ أن العصيان لا يخطر بقلبه وإن تلبس بفعله فجريمته غير متكاملة. وقد فرق القرآن بين العامد والمخطئ فى قوله تعالى :﴿وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن مَّا تعمدت قلوبكم﴾ [الأحزاب :٥]. وكرر الرسول عليه الصلاة والسلام هذا المعنى فى قوله:"رفع عن أمتى الخطأ والنسيان"

---

(١) أعلام الموقعين ج ٣ ص ١٠١ - ١٠٤ - الإحكام فى أصول الأحكام لابن حزم ج ٥ ص ١٤١ ومابعدها - الأشباه والنظائر ص ٨ وما بعدها.

〈عوده〉 والمقصود من "عدم الجناح" ومن "رفع الخطإ" هو تخفيف مسئولية المخطئ وعدم تسويته بالعامد. ولا يقصد من هذين التعبيرين محو المسئولية الجنائية كلية. وليس أدل على ذلك من أن الله جل شأنه جعل عقوبة القتل العمد القصاص، وجعل عقوبة القتل الخطإ الدية والكفارة، فغلظ مسئولية العامد وخفف مسئولية المخطئ ولم يمحها كلية، وذلك قوله تعالى : ﴿يأيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى﴾ [البقرة:١٧٨]. وقوله: ﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس﴾[المائدة :٤٥]. وقوله: ﴿وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا إلا خطأ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة﴾ [النساء :٩٢].

وهكذا تتنوع المسئولية الجنائية وتتعدد درجاتها بحسب تنوع العصيان وتعدد درجاته. فإذا أردنا أن نعرف مدى تنوع المسئولية وتعدد درجاتها فعلينا أن نعرف مدى تنوع العصيان وتعدد درجاته.

وقد عرفنا فيما سبق أن العصيان إما أن يتعمده العاصى وإما أن يخطئ به، فهو إما عمد وإما خطأ. والعمد والخطأ كلاهما على نوعين بحسب درجة جسامته؛ فالعمد ينقسم إلى عمد وشبه عمد، والخطأ ينقسم إلى خطإ وما جرى مجرى الخطإ. ومن ثم يكون العصيان على أربع درجات، وبالتالى تكون المسئولية الجنائية على أربع درجات؛ لأنها تقوم على العصيان، وتغلظ وتخفف بحسب درجة العصيان من الجسامة والبساطة.

١ - العمد : المعنى العام للعمد هو أن يقصد الجانى إتيان الفعل المحظور. فمن شرب الخمر وهو يقصد شربها فقد شربها متعمدا، ومن سرق وهو يقصد السرقة فقد تعمدها. والعمد هو أجسم أنواع العصيان، وترتب عليه الشريعة أجسم أنواع المسئولية، وتفرض عليه أغلب العقوبات.

وللعمد فى القتل معنى خاص عند جمهور الفقهاء، هو أن يقصد الجانى الفعل القاتل ويقصد نتيجته.

ويفرق جمهور الفقهاء بين القتل الذى يتوافر فيه هذا المعنى الخاص وبين القتل الذى يتوافر فيه العمد بمعناه العام فقط، ويسمون الأول القتل العمد. ويسمون الثانى القتل شبه العمد.

<عوده> ٢ – شبه العمد: لا تعرف الشريعة شبه العمد إلا فى القتل والجناية على ما دون النفس[١]، وهو غير مجمع عليه من الأئمة. فمالك لا يعترف به فى القتل ولا فيما دون القتل. ويرى أنه ليس فى كتاب الله إلا العمد والخطأ، فمن زاد قسما ثالثا زاد على النص. ذلك أن القرآن نص على القتل العمد والقتل الخطإ فقط، فقال تعالى: ﴿ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم﴾[النساء:٩٣]. وقال: ﴿وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا إلا خطأ﴾ [النساء:٩٢]. وعلى أساس هذا الرأى يعرف مالك العمد فى القتل بأنه إتيان الفعل بقصد العدوان، فهو لا يشترط أن يقصد الجانى الفعل ويقصد نتيجته[٢].

ويتفق أبو حنيفة والشافعى وأحمد[٣] فى الاعتراف بشبه العمد فى القتل، ولكنهم يختلفون فى وجوده فيما دون النفس. فيرى الشافعى[٤] أن العمد فيما دون النفس إما أن يكون عمدا محضا وإما أن يكون شبه عمد، وهذا هو الرأى الراجح فى مذهب أحمد[٥]. ويرى أبو حنيفة[٦] أن شبه العمد لا يوجد فيما دون النفس ورأيه يتفق مع الرأى المرجوح فى مذهب أحمد[٧].

وشبه العمد فى القتل معناه إتيان الفعل القاتل بقصد العدوان دون أن تتجه نية الجانى إلى إحداث القتل، ولكن الفعل يؤدى للقتل. وحجة القائلين به أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "ألا إن فى قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا والحجر مائة من الإبل". وسمى شبه العمد بهذه التسمية؛ لأنه يشبه العمد من حيث قصد الفعل ولا يشبه من حيث انعدام قصد الفعل (النتيجة).

---

(١) الجناية على ما دون النفس معناها الاعتداء على الجسم بما لا يؤدى للقتل، كالضرب والجرح وقطع الأطراف وغير ذلك.

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤١.

(٣) نهاية المحتاج ج ٧ ٢٣٥، الزيلعى ج ٦ ص ٩٧، المغنى ج ٩ ص ٣٢٠.

(٤) الأم ج ٦، ص ٤٥.

(٥) الإقناع ج ٤ ص ١٨٩.

(٦) البحر الرائق ج ٨ ص ٢٨٧.

(٧) المغنى ج ٩ ص ٤١٠.

﴿عوده﴾ وشبه العمد فيما دون النفس معناه إتيان الفعل بقصد العدوان دون أن تتجه نية الجانى إلى إحداث النتيجة التى انتهى إليها الفعل. وشبه العمد أقل جسامة من العمد، وينبنى على ذلك أن تكون عقوبة شبه العمد أخف من عقوبة العمد. فعقوبة العمد الأساسية القصاص وعقوبة شبه العمد الدية والتعزير إن رأى ولى الأمر تعزير الجانى.

٣ – الخطأ : هو أن يأتى الجانى الفعل دون أن يقصد العصيان، ولكنه يخطئ إما فى فعله وإما فى قصده. فأما الخطأ فى الفعل، فمثله أن يرمى طائرا فيخطئه ويصيب شخصا. وأما الخطأ فى القصد فمثله أن يرمى من يعتقد أنه جندى من جنود الأعداء؛ لأنه فى صفوفهم أو عليه لباسهم فإذا به جندى من جنود الوطن معصوم الدم.

٤ – ما جرى مجرى الخطإ : يلحق الفعل بالخطإ ويُعدُّ جاريا مجراه فى حالتين :

أولاهما : ألا يقصد الجانى إتيان الفعل ولكن الفعل يقع نتيجة تقصيره، كمن ينقلب وهو نائم على صغير بجواره فيقتله. وثانيتهما : أن يتسبب الجانى فى وقوع الفعل المحرم دون أن يقصد إتيانه، كمن يحفر حفرة فى الطريق لتصريف ماء مثلا فيسقط فيها أحد المارة ليلا. والخطأ أكثر جسامة مما جرى مجرى الخطإ؛ لأن الجانى فى الخطإ يقصد الفعل وتنشأ النتيجة المحرمة عن تقصيره وعدم احتياطه، أما فيما جرى مجرى الخطأ فالجانى لا يقصد الفعل ولكن الفعل يقع نتيجة تقصيره أو تسببه.

وأول من قسم الخطأ إلى خطإ وما جرى مجراه هو أبو بكر الرازى. فقد رأى أن الفعل فى الخطإ مقصود إلا أن الخطأ يقع تارة فى الفعل وتارة فى قصد الفاعل، ولا ينطبق هذا على الساهى والنائم والمتسبب، ولما كان فعل كل من هؤلاء غير مقصود أصلا فليس هو إذن فى حيز الخطإ كما أنه ليس فى حيز العمد أو شبه العمد. ولما كان حكم فعل الساهى والنائم والمتسبب هو حكم الخطإ من حيث الجزاء فقد رأى أبو بكر الرازى إلحاقه بالخطإ بعدّه جاريا مجراه[1].

٢٨٦ـ *الشريعة والقانون* : وتتفق القوانين مع الشريعة فيما ذكرنا من سبب المسئولية وشرطها. فسبب المسئولية فى القانون هو ارتكاب الجرائم، وشرط المسئولية هو الإدراك والاختيار كما هو الحال فى الشريعة، ولا مسئولية ما لم يكن الجانى مخطئا أى عاصيا، ودرجات المسئولية تتعدد وتتنوع بحسب تنوع الخطأ[2] وتعدده.

---

(١) احكام القرآن لأبى بكر الرازى الجصاص ج ٢ ص ٢٢٣.

(٢) ذكرنا فيما سبق أن الخطأ أو الخطيئة فى القانون يقابل العصيان فى الشريعة.

<عوده> والخطأ فى القانون على نوعين :عمد وخطأ، والخطأ على نوعين خطأ بإهمال وخطـأ بسـيط. ويدخل تحت العمد ما يدخل فى الشريعة تحت العمد وشبه العمد، ويدخل تحت الخطإ ما يدخل تحت الخطإ فى الشريعة وما يجرى مجراه.

والقوانـين الوضعية إن كانت لا تعترف بشبه العمد فى القتل، إلا أنها تجعل هذا النوع من القتل ضربا مفضيا للموت، وتخفف عقوبته عن عقوبة القتل العمد، فتصل بذلك إلى الغرض الذى ترمى إليه الشريعة من التفرقة بين القتل بقصد الضرب والقتل بقصد القتل. فالخلاف إذن بين الشريعة والقانون خلاف فى التسمية لا غير. ولا شك فى أن تعـبير الشريعة بالقتل شبه العمد أصح منطقا من تعبير القوانين الوضعية، ذلك أن القـتل شـبه العمد يندرج تحته الموت الناشئ عن الضرب والجرح وإعطاء المواد السامة والضارة والتغويق والتحريق والتردية والخنق، وكل ما يدخل تحت القتل العمد إذا انعدمت نية القتل عند الجانى وتوافر قصد الاعتداء. ولفظ القتل يدخل تحت كل مـا يؤدى للموت، فاختيار الفقهاء لهذا التعبير للدلالة على هذه الأنواع المختلفة من الاعتداء والإيذاء هو اختيار موفق؛ لأنها تنتهى جميعا بالموت، أما لفظ الضرب المفضى للموت الذى عبرت به القوانين الوضعية فإذا دخل تحته الضرب باليد أو بأداة أخرى فإنـه لا يمكـن أن يندرج تحته غير ذلك من أنواع الإيذاء والاعتداء المختلفة الصور والوسـائل كالـتغريق والتحريق والتردية والخنق، وشراح القانون المصرى يعترفون بقصور لفظ الضرب عن استيعاب المعنى الذى يندرج تحته قانونا.

284- 286 - السبب والشروط - ودرجات العمد والخطإ :

فى كلامــه عن سبب المسئولية الجنائية، عرفه بأنه ارتكاب "المعاصى". ونحن نرى أن ذلك لا يكفى بل يجب أن نحدد المعاصى التى توجب المسئولية الجنائية بأنها هى التى ورد نص بتجريمها، سواء كان هذا النص قرآنا أو سنة فى الحدود والقصاص، أو نصا تعزيــريا فى غير هذه الحالات، على التفصيل الذى توسعنا فيه عند كلامنا عن المبدإ الأساسى بأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص - وهذا مبدأ عنى به الشهيد عناية خاصة، لكنــنا أضــفنا قيــدا مهما وهو ضرورة وجود نص فى التعازير أيضا، وجعلنا ذلك مسوّغا لضرورة التقنين فى العصر الحاضر والمستقبل ولم يعد يكفى النصوص الفقهية ولا أحكام القضاء للأسباب العديدة التى ذكرناها فى كلامنا عن الركن الشرعى. أما شــرطا المسئولية، وهما الإدراك والاختيار، فهما عنصران أساسيان يجب توافرهما فى كل مكلف، وسنعود لبحثهما فى موانع المسئولية.

بــلغ من دقة فقهائنا أنهم لا يقفون عند حد التفرقة بين جرائم العمد وجرائم الخطإ كمــا يفعــل الفقه العصرى، بل يضيفون إلى العمد نوعا يقل عنه درجة ويسمونه شبه العمــد، حيــث تقرر عقوبة أقل من عقوبة الجريمة العمدية فى جريمة القتل التى تسميها القوانين الوضعية ضربا أفضى إلى الموت - وهى عمدية لأن الجانى قصد الفعل وتعمده، لكــنها ليســت قــتلا عمدا لأنه لم يقصد النتيجة التى أدى إليها الفعل وهى "الموت". وظاهــر أن هــذا التمييز خاص بجريمة القتل العمد فى نظر المشرع الوضعى نظرا لشدة العقوبة المقررة للقتل العمد لكنها فى الفقه قاعدة عامة .

أكــثر من ذلك نرى أن الفقه الإسلامى أضاف إلى جرائم الخطإ نوعا أقل خطورة سمــوه "ما جرى مجرى الخطإ"، وهى الحالات التى يكون الخطأ فيها أقل وعلاقة السببية بينه وبين النتيجة بعيدة إلى حد كبير.

❁ جزاء فعل الخطإ يُعَدّ تدبيرا وقائيا أو تعويضا مدنيا ، ولا داعي لوصفه بأنه عقوبة :

وكمـــا فى الحالة الأولى، فإن هذه الدقة موضوعها الأصلى هو جريمة القتل الخطإ كما كان المثل السابق موضوعه القتل العمد، وقد استلزم ذلك خطورة النتيجة التى وقعت فى الحالتين وهى موت إنسان بحسبانها نتيجة خطيرة لا بد من التدقيق فى حالات العقـــاب ومقدار العقوبة على من يرتكبها أو يتسبب فيها على التفصيل الذى توسع فيـــه فقهاؤنا – وتميزوا به عن فقهاء القانون الوضعى – بسبب عناية المشرع الإلهى بحـــرمة الحـــق الأول لكل إنسان، وهو حقه فى الحياة وحمايته من كل ما يهددها من أفعـــال عمدية أو غير عمدية وكذلك شبه العمد وما جرى مجرى الخطإ أيضا – على التفصيل الذى أفاض فيه فقيهنا.

وقـــد خالفـــناه فى مجاراة القوانين الوضعية بوصف فعل الخطإ بأنه جريمة والجزاء المترتب عليه عقوبة، وكان يكفى فى نظرنا عَدُّه تدبيرا وقائيا أو تعويضا مدنيا.

المبحث الرابع
فى قصد العصيان أو القصد الجنائى

(عوده) ٢٨٧ـ *قصد العصيان أو القصد الجنائى* : بينا فيما سبق أن أساس المسئولية الجنائية هو العصيان، أى عصيان أمر الشارع، وأن مسئولية الجانى تختلف باختلاف درجة العصيان، فإن قصد الجانى العصيان شددت العقوبة، وإن لم يقصد العصيان خففت العقوبة. فقصد العصيان عامل أولى فى تعيين عقوبة الجانى، وهذا القصد هو ما نسميه اليوم فى اصطلاحنا القانونى بالقصد الجنائى.

وقصد العصيان أو القصد الجنائى هو تعمد إتيان الفعل المحرم أو تركه(*) مع العلم بأن الشارع يحرم الفعل أو يوجبه. وينبغى ألا يفوتنا إدراك الفرق بين العصيان وبين قصد العصيان. فالعصيان عنصر ضرورى يجب توافره فى كل جريمة سواء كانت الجريمة بسيطة أو جسيمة من جرائم العمد أو من جرائم الخطإ، فإذا لم يتوافر عنصر العصيان فى الفعل فهو ليس جريمة. أما قصد العصيان، فلا يجب توافره إلا فى الجرائم العمدية دون غيرها. والعصيان هو فعل المعصية، أى : إتيان الفعل المحرم أو الامتناع عن الفعل الواجب دون أن يقصد الفاعل العصيان، كمن يلقى حجرا من نافذة ليتخلص منه فيصيب به مارا فى الشارع، فهو قد فعل معصية بإصابة غيره، ولكنه لم يقصد بأى حال أن يصيب غيره، ولم يقصد بالتالى فعل المعصية. أما قصد العصيان، فهو اتجاه نية الفاعل إلى الفعل أو الترك مع علمه بأن الفعل أو الترك محرم، أو هو فعل المعصية بقصد العصيان كمن يلقى حجرا من نافذة بقصد إصابة شخص مار فى الشارع فيصيبه، فإنه يرتكب معصية لم يأتها إلا وهو قاصد فعلها. ويتفق هذا المثل مع المثل السابق فى أن كلا من الجانبين أتى معصية حرمها الشارع، ويختلف المثلان فى أن الجانى فى المثل الثانى قصد إتيان المعصية بينما الجانى فى المثل الأول لم يقصد إتيان المعصية.

والتفرقة بين العصيان وبين قصد العصيان تقابل التفرقة بين الإرادة volonte وهى تعمد الفعل المحرم أو تركه ماديا وبين القصد intention وهو تعمد النتيجة المترتبة على الفعل المادى، تلك التفرقة التى نقول بها اليوم فى القوانين الوضعية. ولا شك فى أن التعبير بالعصيان عن إتيان الفعل المادى وبقصد العصيان عن تعمد

(*) يقصد ترك الفعل الواجب -كما أوضح بعد بضعة سطور.

<عوده> لتـــيجة الفعل هو تعبير أكثر دقة ودلالة على هذين المعنيين من التعبير عنهما بـــالإرادة والقصـــد؛ لأنه ليس ثمة فرق بين الإرادة والقصد من الوجهة اللغوية، وهما لفظان مترادفان يصلح كلاهما للدلالة على تعمد الفعل وتعمد نتيجته، وهذه الصلاحية اللغوية تؤدى إلى الخلط بين المعانى الفنية كما تؤدى إلى العجز عن تمييزها أحيانا.

وقصد العصيان أو القصد الجنائى قد يوجد لدى الجانى قبل اقتراف الجريمة، كأن ينتوى قتل إنسان ثم ينفذ القتل بعد ذلك بزمن ما، وقد يعاصر القصد الجريمة كما هو الحال فى جرائم المشاجرات أو فى الجرائم التى تحدث بغتة بغير تدبير سابق. ويستوى فى الشريعة أن يكون القصد سابقا للجريمة أو معاصرا لها، فالعقوبة فى الحالين واحدة؛ لأن أســـاس تقديـــر العقوبـــة هو القصد المقارن للفعل وقد توافر. ولا يصح تشديد العقـــاب مقـــابل القصد السابق على الفعل؛ لأن معنى ذلك هو العقاب على القصد وحده مستقلا عن الفعل. والقاعدة فى الشريعة أن لاعقاب على حديث النفس وقصد الجريمة قبل ارتكابها، لقوله عليه الصلاة والسلام : "إن الله تجاوز لأمتى عما وسوست أو حدثـــت بـــه أنفســـها مالم تعمل به أو تكلم". وعلى أساس هذه القاعدة لاتفرق الشريعة فى القتل والجرح بين العمد مع سبق الإصرار والترصد وبين العمد الخالى من ســـبق الإصرار والترصد، بل تجعل العقوبة واحدة فى الحالين. فعقوبة القتل العمد هى القصاص سواء سبقه إصرار وترصد أو لم يسبقه، وعقوبات الشجاج والجراح فى حالة العمـــد مع سبق الإصرار والترصد هى نفس عقوباتها فى حالة التعمد الخالى من سبق الإصرار والترصد.

والقوانين الوضعية لا تعاقب على النية مستقلة عن الفعل أو القول كقاعدة عامة، ولكـــنها مع ذلك تفرق فى بعض الجرائم بين عقوبة العمد المصحوب بسبق إصرار أو ترصـــد وبين عقوبة العمد الذى لم يصحبه سبق إصرار أو ترصد. وقد جرى القانون المصرى على هذه التفرقة فى جرائم القتل والضرب والجرح المتعمدة.

287 - القصد والظرف المشدد :

نكـــرر ملاحظتـــنا عن اهتمام فقهائنا بكل ما يتعلق بجريمة القتل، وذلك بعناية المشرع الإلهى بفرض عقوبة القصاص على القاتل المتعمد متى توافرت شروط معينة. وعقوبـــة القصاص هى من العقوبات الحدية البدنية التى أجمع الفقه على أن لها صفة اســـتثنائية، وبذلـــوا جهدهم لوضع الأحكام المترتبة على تلك الصفة بقصد تضييق نطاقهـــا تنفيذا لأمر الشارع الحكيم. "ادرءوا الحدود بالشبهات". بناء على ذلـــك قدمـــنا فيما سبق أن هذه العقوبات القصوى لانوافق على ما قاله البعض من جـــواز توقيعهـــا فى التعازير. وبخاصة ما يسمونه عقوبة "القتل سياسة" لأن السياسة الشرعية فى نظرنا لا تبيح القتل.

لذلـــك قلـــنا أن عقوبات التعازير لايجوز فى نظرنا أن تصل إلى عقوبة القتل أو عقوبات القصاص البدنية.

كما أننا نذكّر بما قلناه أيضا من أن التعزير هو العقوبة الأصلية فى جميع الجرائم، بمـــا فى ذلـــك ما يعاقب عليه بالقصاص أو الحد إذا لم تتوافر الظروف المشددة التى اشترطها الشارع لتوقيع تلك العقوبات الاستثنائية، وبخاصة عقوبة القتل.

بـــناء على هاتين الملاحظتين نحن نؤيد قوله بأن "الشريعة" لاتجيز تشديد العقوبة عـــلى جريمة القتل العمد فى غير حالات توافر شروط القصاص - فلا يجوز فى نظرنا فـــرض عقوبة الإعدام بسبب توافر سبق الإصرار الذى يُعَدّ ظرفا مشددا فى القوانين الوضعية دون توافر شروط القصاص.

ونضيف لذلك أن هذا ينطبق فى نظرنا على ما قررته القوانين الوضعية من تشديد العقوبـــة على القتل العمد وجعل عقوبتها الإعدام فى حالة اقتران القتل بجريمة أخرى كما هو الشأن فى قانون العقوبات المصرى - إذا لم تتوافر شروط القصاص.

۞ حالات الحكم بالقتل قصاصا فى شريعتنا أقل من حالات وجوب الحكم بالإعدام فى قانوننا الوضعي لأنها محصورة فى مطالبة أولياء الدم بذلك:

معنى ذلك أن شريعتنا لاتعترف بأى ظرف مشدد آخر فى جريمة القتل يوجب عقوبة الإعدام (القصاص) سوى ما ينتج عن مطالبة أولياء الدم بذلك؛ لأن هذا يستفاد منه إصرارهم على الثأر من الجانى. وقد رأى الشارع الحكيم ألا يترك الباب مفتوحا لتبادل الثأر الذى قد يؤدى تسلسله إلى استمرار العداوة والقتال بين الأسر والقبائل بحجة الأخذ بالثأر، لذلك أوجب أن يوضع حد لذلك بوضع الأمر فى يد القضاء ليحكم بالقصاص فى هذه الحالة وحدها متى أصر المجنى عليه أو ولى دمه على القصاص، وهو بذلك يفتح الباب أمام الجانى لاسترضاء أولياء الدم بتقديم التعويض المقنع لهم أو ما يماثل ذلك من أسباب المصالحة.

إن إصرار أولياء الدم على الثأر هو فى نظرنا الظرف المشدد الوحيد الذى تجيز الشريعة توقيع عقوبة الإعدام أى القصاص بسببه. وفيما عدا ذلك، فإن عقوبة القاتل تكون دائما تعزيرية، وهى فى نظرنا لا يمكن أن تصل إلى القتل أو الإعدام. ومعنى ذلك أن الأصل فى شريعتنا هو منع عقوبة الإعدام فى غير تلك الحالة.

بذلك يتبين أن حالات الحكم بعقوبة القتل قصاصا أضيق فى شريعتنا مما تسير عليه القوانين الوضعية حاليا، وهذه ميزة أخرى يجب الاعتراف بها. ولذلك، فنحن نؤيد المطالبة بإلغاء عقوبة الإعدام فى غير الحالة الوحيدة المشار إليها، وهى حالة إصرار أولياء الدم على طلب القصاص، وهذا هو المبرر الوحيد لنقده النصوص الوضعية التى تفرض الإعدام على جريمة القتل العمد المصحوب بسبق الإصرار والترصد. لكنا لا نقر قوله إن ذلك يُعَدّ مخالفا لمبدإ عدم العقاب على مجرد النية التى لم تؤد إلى فعل معاقب عليه لأن النية هنا لم تكن مجردة بل إنها أدت فعلا إلى الجريمة المعاقب عليها.

<عوده> ٢٨٨ـ *الفرق بين القصد والباعث* : وقد فرقت الشريعة من يوم وجودها بين القصد والباعث، أى بين قصد العصيان وبين الدوافع التى دفعت الجانى للعصيان. ولم تجعل الشريعة للباعث على ارتكاب الجريمة أى تأثير على تكوين الجريمة أو على العقوبة المقررة لها؛ فيستوى لدى الشريعة أن يكون الباعث على الجريمة شريفا كالقتل للثار، أو الانتقام للعرض، أو أن يكون الباعث على الجريمة وضيعا كالقتل بأجر أو القتل للسرقة. فالباعث على الجريمة ليس له علاقة بتعمد الجانى ارتكاب الجريمة، ولا يؤثر على تكوينها ولا عقوبتها شيئا ما.

وإذا كان من الممكن عملا ألا يكون للباعث أثر على تكوين الجريمة، وألاّ يكون له أثر على عقوبات جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية، فإن هذا لا يمكن عملا فى عقوبات التعازير؛ ذلك أن الباعث أيا كان لن يؤثر فى طبيعة الفعل المكون للجريمة؛ ولأن الشارع ضيق سلطان القاضى فى عقوبات الحدود والقصاص، بحيث لا يستطيع أن يجعل للبواعث أى اعتبار. أما فى التعازير، فقد ترك الشارع للقاضى من الحرية فى اختيار العقوبة وتقديرها ما يمكنه عملا من أن يحل البواعث فى تقدير العقوبة محل الاعتبار.

فللباعث أثر من الوجهة العملية على عقوبات التعازير دون غيرها من العقوبات. وعلة ذلك أن عقوبات الجرائم التعزيرية غير مقدرة، وللقاضى حرية واسعة فيها. فله أن يختار نوع العقوبة ويعين كمها. فإذا راعى القاضى البواعث، فخفف العقوبة أو شددها فإنه يفعل ذلك فى نطاق حقه، ولا يخرج عن حدود سلطانه. أما جرائم الحدود والقصاص، فعقوبتها مقدرة أى محددة، وليس للقاضى أن ينقص منها أو يزيد فيها، ومن الواجب عليه أن يحكم بها مهما كان الباعث على الجريمة؛ فسواء كان الباعث شريفا أو وضيعا فالعقوبة لن تتغير. وأكثر القوانين الوضعية تتفق فى هذه المسألة مع الشريعة، فهى لا تخلط أيضا بين الباعث على الجريمة والقصد الجنائى، ولا تجعل للباعث أثرا على تكوين الجريمة أو عقوبتها كقاعدة عامة. ولكن بالرغم من ذلك، فإن للباعث من الوجهة العملية أثره على تقدير العقوبة، إذ للقاضى أن يقدر العقوبة الملائمة من بين الحدين الأدنى والأعلى للعقوبة، وله فى كثير من الأحوال أن يختار إحدى عقوبتين، وهو يختار العقوبة ويقدر كمها طبقا لما يرى أن الجانى يستحقه، وهو يدخل فى تقديره ظروف الجريمة والمجرم، والبواعث التى دفعت لارتكاب الجريمة،

<عوده> فيخفف العقوبة إن رأى الجانى مستحقا التخفيف، ويغلظها إن رآه مستحقا التغليظ، وبهذا يكون للباعث أثره العملى على العقوبة. وهذه هى طريقة القانون الفرنسى والقانون المصرى.

على أن هناك بعض القوانين، كالقانون الإيطالى والبولونى[1]، تجعل من الباعث ظرفا مخففا أو مشددا للعقوبة، وتلزم القاضى بمراعاة هذا الباعث عند تقدير العقوبة. وهذه القوانين، وإن كانت تعترف بأن للباعث أثرا قانونيا على العقوبة، إلا أنها من الوجهة العملية لا تصل إلى أكثر من النتائج التى تصل إليها القوانين التى لا تعترف بالباعث من الوجهة النظرية، لأن القاضى لا يستطيع عملا أن يتخلى دائما عن اعتبار البواعث عند تقدير العقوبة، سواء اعتبر الشارع البواعث أو لم يعتبرها.

فالفرق بين الشريعة والقوانين الوضعية أن الشريعة لا تعترف بالباعث ولا تجعل له أثرا فى الجرائم الخطيرة التى تمس الجماعة ونظامها، وهى جرائم الحدود والقصاص، أما فيما عدا هذه الجرائم، فإن الشريعة وإن لم تعترف بالباعث من الوجهة النظرية، إلا أنه ليس فيها مايمنع القاضى من تقدير الباعث من الوجهة العملية. وأكثر القوانين تهمل الكلام على الباعث ولا تعترف به من الوجهة النظرية، ولكن هذا لا يمنع القاضى من تقدير البواعث عملا فى كل الجرائم البسيطة والخطيرة على السواء. ولا شك فى أن طريقة الشريعة أسلم وأفضل، لأنها تضع مصلحة الجماعة فى الجرائم الخطيرة فوق كل اعتبار، ولا تسمح للقاضى بأن يفاضل بين هذه المصلحة ومصلحة الجانى؛ لأن معنى ذلك هو إخضاع المصلحة العامة للعواطف والأهواء.

٢٨٩- *صور القصد* : وليس للقصد صورة معينة؛ فهو يظهر فى صور متنوعة تختلف باختلاف الجرائم ونية المجرم. فقد يكون القصد عاما، وقد يكون خاصا، وقد يكون القصد معينا أو غير معين، وقد يكون القصد مباشرا أو غير مباشر.

٢٩٠- *القصد العام والقصد الخاص* : يتوافر القصد العام كلما تعمد الجانى ارتكاب الجريمة مع علمه بأنه يرتكب محظورا. وأكثر الجرائم يكتفى فيها بتوافرالقصد الجنائى العام، كجريمة الجرح والضرب البسيط فإنه يكفى فيها أن يتعمد الجانى إتيان

---

(١) القانون الجنائى لعلى بدوى ص ٣٤٠ وما بعدها، الموسوعة الجنائية ج ٣ ص ٦٨.

〈عوده〉 الفعل المادى مع علمه بأنه يأتى فعلا محرما. وفى بعض الجرائم لا يكتفى الشارع بالقصد العام، بل يشترط أن يتوافر معه قصد خاص كتعمد نتيجة معينة أو ضرر خاص، كماهو الحال فى جريمة القتل العمد أو جريمة السرقة. ففى جريمة القتل العمد لا يكفى أن يضرب الجانى المجنى عليه أو يجرحه وهو عالم بأن الضرب والجرح محرم، بل يجب أن يتعمد مع الضرب أو الجرح إزهاق روح المجنى عليه. فالشارح يوجب لمحاسبة الجانى على القتل العمد أن يتعمد (بعد توافر القصد العام) نتيجة معينة أو قصدا خاصا، فإذا توافر القصد العام فقط ومات المجنى عليه كان الفعل قتلا شبه عمد لا قتلا عمدا[1]. وفى جريمة السرقة لا يكفى أن يأخذ الجانى مال الغير خفية وهو عالم بأن هذا الفعل محرم، بل يجب أن يتعمد مع ذلك تملك المال، فإذا أخذه وهو لا يقصد تملكه لم تتكون جريمة السرقة.

وفى الحالات التى يشترط فيها قصد خاص يختلط القصد الجنائى بالباعث كلما كان القصد الخاص هو الباعث على الجريمة. فمن يقتل شخصا بقصد إزالته من طريقه يختلط قصده الخاص بالباعث على الجريمة، ولكن لا يمكن أن يقال : إن الباعث يؤثر على الجريمة أو العقوبة؛ لأننا لا ننظر إلى الباعث فى حالة الاختلاط باعتباره باعثا وإنما باعتباره قصدا خاصا.

---

(١) لا يشترط مالك القصد الخاص فى جريمة القتل؛ لأنه لا يعترف بالقتل شبه العمد. والقتل عنده نوعان لا ثالث لهما: قتل عمد وقتل خطأ، فيُعَدُّ قاتلا عمدا عنده كل من أتى الفعل بقصد العدوان ولو لم يقصد إزهاق روح المجنى عليه. فالقصد العام كاف وحده عند مالك لتكوين جريمة القتل العمد.

❁ 288، 290 – أهمية الباعث وأصناف القصد:

مـــا قلـــناه من أن التعزير هو العقوبة الأصلية فى جميع الجرائم يفسر لنا قوله بأن الشريعة تركت للقاضى (والفقيه والمقنّن) أن يدخل تقدير الباعث وأثره على التعازير والعقوبات التعزيرية.

لكـــن فى حالة القصاص أو العقوبات الحدية عموما: فطبقا للمبدإ الذى قدمناه فإنها عقوبات قصوى استثنائية، ولذلك قدمنا بأنه لا يجوز أن يضاف إليها ما يشددها لأنـــه لا يوجد ما هو أشد منها فى نظر الشارع الحكيم، بل بذل الفقه جهده لتقليل حالاتها بناء على وجوب "درء الحدود بالشبهات". فضلا عن ذلك، لا يجوز أن يضاف إليها حالات أخرى تطبق فيها تلك العقوبات تعزيرا، لأن التعزير فى نظرنا لا يجـــوز أن يصل إلى تطبيق تلك العقوبات التى حدد الشارع لها شروطا عديدة تمنع التوسع فيها؛ بل أوجب التضييق فى نطاقها.

* * *

وقـــد قلنا بأن تحديد الشبهات التى تمنع تطبيق الحد من اختصاص أهل الاجتهاد والقضاء، ويمكن أن يدخل فيها ظروف الفعل وظروف الفاعل التى تستدعى التخفيف – وهذا يتعارض مع تكرار القول بأن الحدود ليس للقضاء أى وسيلة للتخفيف فيها.

وفى غـــير حالة النص الصريح على وجوب توافر قصد خاص، فالأصل أن الجانى يستحق عقوبة الجريمة العمدية لمجرد تعمد الفعل المحرم – دون أى نتيجة معينة – وهذا هو ما يسمى بالقصد العام.

﴿عوده﴾ ٤٩١- *القصد المعين والقصد غير المعين* : يكون القصد معينا إذا قصد الجانى ارتكاب فعل معين على شخص أو أشخاص معينين[١].

ويُعَدُّ الفعل معينا سواء كان بطبيعته ذا نتائج محدودة كمن يذبح شخصا أو أكثر بسكين، أو كان بطبيعته ذا نتائج غير محدودة كمن يلقى قنبلة على جماعة، فهو يعرف دون شك أن فعله سيؤدى لقتل وجرح الكثيرين، ولكنه لا يستطيع تحديدهم من قبل كما يستطيع من يستعمل السكين.

ويُعَدُّ الفعل معينا ولو كانت نتائجه غير محدودة، كلما أتاه الجانى وهو عالم بنتائجه قاصدا تحقيق هذه النتائج كلها أو بعضها، لا يبالى أيها تحقق وأيها تخلف.

ويُعَدُّ المجنى عليه معينا كلما أمكن تعيينه، ولو لم يعين باسمه أو شخصه أو وصفه. فمن قصد أن يصيب أى شخص من جماعة معينة يعرف أفرادها وأطلق عليهم النار فأصاب أحدهم فقد أصاب شخصا معينا. ومن أطلق النار بقصد إصابة أى شخص من جماعة معينة لا يعرف أفرادها، فقد أصاب شخصا معينا؛ لأن الجماعة معينة؛ ولأنها تصبح مقصودة فتعتبر جماعة وأفرادا[٢].

ويكون القصد غير معين إذا قصد الجانى ارتكاب فعل معين على شخص غير معين. ويُعَدُّ الشخص غير معين إذا لم يكن فى الإمكان تعيينه قبل الجريمة؛ فإذا أطلق الجانى كلبا عقورا ليعقر من يقابله، أو حفر بئرا فى الطريق ليسقط فيها من يمر فى الطريق، كان المجنى عليه غير معين. ويشترط ليكون القصد غير معين ألاّ يقصد الجانى من فعله هلاك شخص معين، فإنْ قصده فالقصد معين بالنسبة لهذا الشخص، وإن هلك الشخص المعين وهلك معه غير معين فالقصد معين بالنسبة للأول وغير معين بالنسبة للثانى[٣].

ويستوى عند الفقهاء الإسلاميين بصفة عامة أن يكون القصد معينا أو غير معين، فحكمهما واحد من حيث مسئولية الجانى وتكييف فعله، إلا أنهم اختلفوا فى مسئولية الجانى وتكييف فعله إذا كان الفعل قتلا وكان القصد غير معين. فيرى بعض الشافعية

---

(١) نهاية المحتاج الجزء السابع ص ٢٣٥، البجيرمى على شرح المنهج الجزء الرابع ص ١٣٠.

(٢) تحفة المحتاج ج٤ ص ٢، ٣ .

(٣) تحفة المحتاج ج ٤ ص ٢، ٣، شرح الخرشى ج ٨ ص ٨ .

 أن الجانى لايسأل بحُسبانه قاتلا متعمدا إذا قصد قتل غير معين - وإنما يسأل عـــن فعلـــه بحُسبانه قتلا شبه عمد ما دام الشخص الذى قصد بالجريمة (منهما) غير معين[1].

ويفـــرق المـــالكيون بين القتل المباشر والقتل بالتسبب. ويسوون فى حالة القتل المباشر بين القصد المعين والقصد غير المعين، ويجعلون القاتل مسئولا عن القتل العمد. أمـــا فى حالة القتل بالتسبب فلا يسأل القاتل بحُسبانه قاتلا عمدا إلا إذا قصد شخصا معينا بفعله وهلك هذا المعين، فإن قصد غير معين فلا يسأل بحُسبانه قاتلا متعمدا،وإنما يسأل عن القتل الخطإ[2].

ويمكن تعليل رأى الشافعيين بأن القتل العمد يشترط فيه قصد إزهاق روح المجنى عـــليه، وهـــذا الشرط لا يتحقق إلا إذا قصد الإنسان فعلا يؤدى للقتل، وقصد به شخصا معينا، فإن قصد غير معين فقد قصد الفعل دون شك، ولكنه لم يقصد إزهاق روح المجـــنى عليه الذى لا يعرف ولايدرى من يكون، والذى قد يتضح فيما بعد أنه أعز الناس على الجانى وأحبهم إليه. فالجانى لا يمكن أن يقصد قصدا صحيحا أو جديا إزهاق روح إنسان قبل أن يتعين لديه هذا الإنسان. والجانى يؤخذ فى القتل العمد بأنه قصد إزهاق روح القتيل مع أنه لا يمكن أن يقال فى حالة القصد غير المعين : إن الجانى قصد إزهاق روح القتيل بالذات، وإذا انعدم قصد إزهاق روح القتيل فقد بقى قصد الفعل الذى أدى للموت، وهذا الفعل يكيف شرعا بأنه قتل شبه عمد[3].

ويمكننا أن نعلل رأى المالكيين بنفس التعليل السابق، كما يمكننا أن نعلل تفرقتهم بـــين القـــتل المباشر والقتل بالتسبب بأن المجنى عليه فى حالة القتل المباشر يكون فى الغالب معينا؛ لأن القاتل يباشر القتل بنفسه دون واسطة، فهو لا يباشر الفعل القاتل قبل أن يتمكن من المجنى عليه، وإذا تمكن منه فقد أصبح معينا لديه، بعكس الحال فى

---

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٠، الشرح للدردير ج ٤ ص ٢١٦ .

(٢) تحفة المحتاج ج ٤ ص ٣.

(٣) يمكن الوصول للنتيجة نفسها مع عَدِّ الفعل قتلا عمدا إذا قلنا : إن هناك شبهة فى صحة القصد أو فى جديته، لأن الحدود تدرأ بالشبهات. ويترتب على درء عقوبة القصاص أن يعاقب على الفعل بعقوبة القتل شبه العمد مع وصفه بأنه قتل عمد.

 القتل بالتسبب، فإن الجانى يباشر القتل بواسطة، وهو فى أغلب الأحوال يستطيع أن يباشر الفعل القاتل قبل أن يتمكن من المجنى عليه وقبل أن يصبح معينا لديه.

أما فقهاء الحنفية والحنابلة ومعهم بعض الشافعية، فإنهم لايفرقون بين القصد المعين وبين القصد غير المعين فى القتل وغير القتل. فالجانى سواء قصد بالفعل شخصا معينا أو قصد شخصا غير معين، فهو قاتل متعمد إذا أدى فعله إلى النتيجة التى قصدها[1].

ويلاحظ أن تقسيم القصد فى الشريعة إلى معين وغير معين مقابل تقسيم القصد فى القانون إلى محدود وغير محدود، وأن رأى الفقهاء القائلين بعدم التفرقة بين القصد المعين وغير المعين فى القتل يتفق تمام الاتفاق مع رأى شراح القانون الفرنسى والمصرى، حيث لا يفرق هؤلاء أيضا بين القصد المحدود وغير المحدود؛ لأن الجانى فى الحالين يقصد النتيجة التى حدثت أو يقبل وقوعها عند ارتكاب الجريمة.

ونصوص القانون المصرى والفرنسى لا تفرق بين القصد المحدود والقصد غير المحدود أيضا، فهى بهذا تتفق مع رأى الفقهاء القائلين بعدم التفرقة بين القصد المعين والقصد غير المعين. فالمادة ٢٣١ من قانون العقوبات المصرى المماثلة للمادة ٢٩٧ من قانون العقوبات الفرنسى تعرف سبق الإصرار بأنه :"هو القصد المصمم عليه قبل الفعل لارتكاب جنحة أو جناية، غرض المصرّ منها إيذاء شخص معين أو أى شخص غير معين وجده أو صادفه، سواء كان ذلك القصد معلقا على حدوث أمر أو موقوفا على شرط".

أما الفقهاء القائلون بالتفرقة بين القصد المعين والقصد غير المعين، فرأيهم يطابق أو يقترب من النظرية الألمانية، التى تعُدُّ الجانى مخطئا لا عامدا، كلما أدى فعله إلى نتائج لم يتمثلها أو لم يقصدها قصدا صحيحا.

٢٩٢- *القصد المباشر والقصد غير المباشر*: يُعَدُّ القصد مباشرا سواء كان معينا أو غير معين كلما ارتكب الجانى الفعل وهو يعلم نتائجه ويقصدها، بغض النظر عما

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٣، ٢٣٤، المهذب ج ٢ ص ١٨٤، أسنى المطالب ج ٤ ص ٣، الإقناع ج ٤ ص ١٦٣، المغنى ج ٩ ص ٣٢٠ وما بعدها.

إذا كــان يقصد شخصا معينا أو لا يقصد شخصا معينا. ويُعَدُّ القصد غير مباشــر إذا قصد الجانى فعلا معينا فترتب على فعله نتائج لم يقصدها أصلا أو لم يقدر وقوعها. ويسمى القصد غير المباشر بالقصد المحتمل أو القصد الاحتمالى.

ولم يتعرض الفقهاء للقصد المباشر أو غير المباشر، كما أنهم لم يعرفوا تعبير القصد الاحــتمالى. ولكن ليس معنى هذا أن الشريعة الإسلامية لم تعرف القصد الاحتمالى، وأنها لا تفرق بين القصد المباشر وغير المباشر. وقد عرفت الشريعة حق المعرفة القصد الاحــتمالى، وفرقت بين القصد المباشر وغير المباشر من يوم نزولها، وليس أدل على ذلك من جرائم الجراح والضرب. فالضارب والجارح يضرب أو يجرح وهو لا يقصد إلا مجــرد الإيــذاء أو التأديب، ولا يتوقع أن يصيب المجنى عليه إلا بجرح بسيط أو كدمــات خفيفــة، أو لا يــتوقع أن يصيبه إلا بمجرد الإيلام. ولكن الجانى مع هذا لا يســأل جــنائيا عن النتائج التى قصدها فقط أو التى توقعها، وإنما يسأل أيضا عن النتائج التى لم يقصدها ولم يتوقعها. فإذا أدى الضرب أو الجرح إلى قطع طرف أو فقد منفعته، فهو مسئول عن ذلك مأخوذ به. وإذا أدى الضرب أو الجرح إلى الموت، فهو مسئول عن موت المجنى عليه بعَدِّ الفعل قتلا شبه عمد لا ضربا ولا جرحا. فالشريعة تحمِّل الجانى فى جرائم الضرب والجرح نتائج فعله ولو لم يقصدها أو يتوقعها، وتحميل الجانى هذه النتائج معناه أن الجانى يؤخذ بقصده غير المباشر أو بقصده المحتمل.

وإذا كــانت الشــريعة قد عرفت القصد غير المباشر على الوجه السابق ورتبت عليه حكمه، فلا عبرة بعد ذلك بما يكتبه الفقهاء عنه، وسواء استخلصوا من أحكام الشريعة نظرية عامة فى القصد الاحتمالى أو لم يستخلصوا نظرية عامة واكتفوا بتطبيق نصــوص الشــريعة، فــإن هذه مسألة ثانوية ترجع إلى تقدير الفقهاء أنفسهم وإلى طريقتهم فى الكتابة. على أننا مع هذا نستطيع من تتبع أقوال الفقهاء فى جرائم القتل والضرب والجرح أن نتبين بسهولة رأى كل منهم فيما نسميه اليوم بالقصد الاحتمالى وحكــم هذا القصد، وسنرى فيما يأتى أن آراء الفقهاء فى هذه المسألة لا تخرج عن ثلاثة آراء يختلف كل منها عن الآخر اختلافا ظاهرا :

٢٩٣ـ *الـرأى الأول* : هــذا الرأى لمالك، وهو يفرق عندما يتعرض لجرائم القتل والجرح والضرب بين الجرائم المتعمدة والجرائم غير المتعمدة، ويجعل الجانى فى الحالين

‹عوده› مسئولا عن النتيجة التي انتهى إليها فعله. فمن أدى فعله إلى الموت فهو مسئول عن القتل، ومن أدى فعله إلى قطع عضو أو فقد منفعته فهو مسئول عن ذلك، ومن شفي جرحه دون عاهة أو لم يترك ضربه أثرا كانت مسئوليته بقدر ماانتهى إليه فعله. والفرق بين الجرائم المتعمدة وغير المتعمدة ليس فى ذات الفعل المادى الذى أتاه الجانى وإنما قصد الجانى وقت إتيان الفعل؛ فمن أتى الفعل بقصد العصيان كان متعمدا، ومن أتاه دون أن يقصد العصيان كان غير متعمد.

ويكتفي مالك فى جرائم القتل والجرح والضرب المتعمدة بالقصد العام وهو قصد العدوان، ولا يشترط فى القتل العمد أن يقصد الجانى إزهاق روح المجنى عليه[1]، ولا يشترط فى قطع العضو أو فى فقد منفعته أن يقصد الجانى هذه النتيجة. ومن ثم يُعَدُّ الجانى قاتلا عمدا عند مالك إذا لطم شخصا أو لكزه بقصد العدوان فأدى ذلك إلى موته، وكذلك يُعَدُّ قاتلا عمدا لو رماه بحجر صغير أو بقضيب، أو ضربه بعصا خفيفة ولو لم يوال الضربات، مادام أنه قد فعل ذلك بقصد العدوان وأدى الفعل إلى الموت، ويُعَدُّ قاتلا عمدا من يدفع شخصا بقصد العدوان أو يأخذ برجله فيسقط فتؤدى السقطة لموته. ولايشترط فى كل هذه الأحوال أن تكون الأداة قاتلة، ولا أن يقصد الجانى إزهاق روح المجنى عليه[2]. ومن لطم شخصا بقصد العدوان ففقأ عينه أو أذهب بصره، فهو مسئول عن نتيجة فعله ولو لم يقصدها أو يتوقعها[3].

وإذا كان الجارح أو الضارب الذى لم يقصد إلامجرد العدوان مسئولا عن كل نتائج فعله، فمعنى ذلك أنه لا يؤخذ بقصده المعين المحدد، وإنما يؤخذ بما يحتمل أن يترتب على هذا القصد، أو بتعبيرنا العصرى يؤخذ بقصده المحتمل.

فخلاصة رأى مالك أن الجانى مسئول عن كل نتائج فعله المقصود، سواء قصد هذه النتائج بالذات أو لم يقصدها، توقعها أو لم يتوقعها، وسواء كانت هذه النتائج قريبة يكثر حدوثها أو بعيدة يندر وقوعها.

---

(١) كان القضاء الفرنسى إلى سنة ١٨٣٢ يكتفى فى جرائم القتل العمد بالقصد العام، حتى صدر قانون يعاقب على الضرب المفضى للموت بعقوبة خاصة.

(٢) المدونة ج ١٦ ص ١٠٨، مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٠.

(٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٦ - ٢٤٩.

<عوده> وقـد كـان مالك فى رأيه هذا منطقيا مع نفسه، لأنه لا يعترف بالقتل شبه العمـد؛ ولأنـه جعل القتل نوعين لا ثالث لهما ولا وسط بينهما : هما القتل العمد والقـتل الخطأ، فلم يكن لديه بعد هذا ما يدعوه لاشتراط نية خاصة فى القتل العمد ليميزه عن غيره.

٤٩٢- *الـرأى الـثانى* : وهو رأى فقهاء مذهب أبى حنيفة والرأى المرجوح فى مذهب أحمد. ويفرق أصحاب هذا الرأى أيضا بين جرائم القتل والجرح والضرب المتعمدة وبين الجـرائم غـير المتعمدة، ويجعلون الجانى فى الحالين مسئولا عن النتيجة التى انتهى إليها فعله. وأساس الفرق بين الجرائم المتعمدة وغير المتعمدة هو قصد الجانى، فإن أتى الفعل بقصد العصيان فهو متعمد، وإن لم يصطحب الفعل بقصد العصيان فهو غير متعمد.

ويفـرق هؤلاء الفقهاء بين القصد فى القتل العمد والقصد فيما عداه من جرائم الاعتداء على النفس أو مادون النفس[1]، فيشترطون فى القتل العمد أن يقصد الجانى الفعـل القاتل ويقصد معه إزهاق روح المجنى عليه، فإن توافر هذان القصدان فالجانى قاتل متعمد، وإن توافر الأول دون الثانى فالفعل قتل شبه عمد.

وفيما عدا القتل العمد لا يشترطون إلا القصد العام أو قصد العصيان، أى: تعمد إتيان الفعل مع العلم بأنه محظور. فإذا توافر هذا القصد فالجانى مسئول عن نتائج فعله سـواء قصدها كلها أو لم يقصدها، توقعها أو لم يتوقعها، وسواء كانت هذه النتائج قريـبة يكثر حدوثها، أو بعيدة يندر وقوعها. فمن ضرب شخصا يقصد ضربه فقط فـأدى الضرب لموته، كان مسئولا عن جريمة القتل شبه العمد لا الضرب. ومن لطم

---

(١) يفرق الفقهاء بين الجناية على النفس والجناية على مادون النفس. فالجناية على النفس هى الجريمة التى تـؤدى للموت سواء كانت الجريمة متعمدة أو غير متعمدة، والجناية على مادون النفس يعبر بها عن كـل أذى يقـع عـلى جسم الإنسان فلا يودى بحياته، وهو تعبير دقيق يتسع لكل أنواع الاعتداء والإيـذاء التى يمكن تصورها، فيدخل تحته الجرح والضرب والدفع والجذب والعصر والضغط وقص الشـعر ونتفه، وغير ذلك. ويعبر القانون المصرى عن نفس المعنى بلفظى الجرح والضرب فقط، وهو تعبير ناقص لا يتسع لغير الضرب والجرح من أنواع الإيذاء والاعتداء.

<عوده> شخصـــا ففقـــأ عينه أو أذهب بصره، فهو مسئول عن نتيجة الفعل لا عما قصده من الفعل[1] وهكذا.

وأصحاب هذا الرأى يتفقون مع مالك ويخالفونه. فيتفقون معه تمام الاتفاق فيما دون القـــتل حيـــث يأخذون الجانى بقصده المحتمل، ويجعلونه مسئولا عن نتائج فعله المتعمد، ولو لم يقصد هذه النتائج أو لم يتوقعها. ويخالفون مالكا فى القتل العمد، حيث لا يـــرون أخذ الجانى بقصده المحتمل فى القتل العمد، ويشترطون لعَدِّه قاتلا عمدا أن يقصد إزهاق روح القتيل، بينما يؤخذ الجانى عند مالك بقصده المحتمل فى القتل العمد وغيره. وعلة هذا الاختلاف أن من عدا مالك من الفقهاء يجعلون القتل ثلاثة أنواع : عمد، وشبه عمد، وخطأ. وقد اقتضى هذا التقسيم منهم أن يجعلوا لكل نوع من هذه الأنـــواع حدا يميزه عن غيره. فاشترطوا فى القتل العمد أن يقصد الجانى إزهاق روح القتيل، ليميزوا بين القتل العمد وبين القتل شبه العمد الذى يكفى فيه أن يقصد الجانى الفعـــل القـــاتل، فإذا قصد الجانى الفعل القاتل وقصد إزهاق روح القتيل فهو قاتل مـــتعمد، وإذا قصد الفعل القاتل فقط فهو قاتل شبه متعمد، بينما هو فى الحالين قاتل متعمد فى رأى مالك.

٤٩٥- *الـرأى الـثالـث* : وهو رأى الشافعى والرأى الراجح فى مذهب أحمد، ويفرق أصحاب هذا الرأى أيضا بين الجرائم المتعمدة وغير المتعمدة، ويجعلون الجانى مسئولا فى الحـــالين عـــن نتائج فعله، كما يجعلون أساس التفرقة قصد الجانى، فإن أتى الفعل بقصد العصيان فهو متعمد، وإن لم يقصد العصيان فهو غير متعمد.

ويفـــرقون فى جـــرائم الاعتداء على النفس بين القتل العمد والقتل شبه العمد، ويجعـــلون القاتل مسئولا عن القتل العمد كلما قصد الفعل وقصد إزهاق روح المجنى عليه، ويجعلونه مسئولا عن القتل شبه العمد، إذا قصد الفعل ولم يقصد إزهاق الروح المجـــنى عليه، ولو كان لايؤدى غالبا للموت. فلا مجال للقصد المحتمل فى دائرة القتل العمد، وفى هذا يتفق أصحاب هذا الرأى مع أصحاب الرأى السابق.

---

(١) البحر الرائق ج ٨ ص ٢٨٧، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٣، المغنى ج ٩ ص ٤١٠، الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٢٨.

<عوده> أما فى جرائم الاعتداء على مادون النفس فيرى أصحاب هذا الرأى مسئولية الجانى بحُسبانه متعمدا عن كل نتائج فعله التى قصدها، ومسئوليته عن كل النتائج التى يؤدى إليها فعله غالبا ولو لم يقصدها أو يتوقعها؛ لأن تأدية الفعل غالبا لهذه النتائج يجعلها فى حكم النتائج المقصودة، فإذا أدى الفعل إلى نتائج لم يقصدها الجانى، ولا يؤدى إليها فعله غالبا، فلا يسأل الجانى عن هذه النتائج بحُسبانه متعمدا لها؛ لأنه لم يقصد هذه النتائج ولا يؤدى فعله غالبا إليها، كذلك لا يسأل الجانى عن هذه النتائج بحُسبانه مخطئا؛ لأنه قصد الفعل وإن لم يقصد نتائجه.

وإنما يسأل الجانى عن نتائج الفعل بعَدِّه شبه عامد، وشبه العمد درجة بين العمد والخطإ، والمسئولية عنه أخف من المسئولية عن العمد وأغلظ من المسئولية عن الخطإ. والأصل أن شبه العمد مزيج من العمد والخطإ؛ لأن الجانى يتعمد الفعل ولا يقصد نتائجه؛ ولأن نتائج الفعل فى شبه العمد ليست مما يؤدى لها الفعل غالبا، فالجانى يتعمد الفعل ويخطىء فى نتائجه، فوجب أن يعاقب بعقوبة بين عقوبة العمد وعقوبة الخطإ. فمن صفع شخصا على وجهه ففقأ عينه أو أذهب بصره دون أن يقصد هذه النتيجة، لا يسأل عن فعله بعَدِّه متعمدا؛ لأنه وإن قصد الفعل لم يقصد نتيجته؛ ولأن الصفع لا يؤدى غالبا لهذه النتيجة. كذلك لا يسأل الجانى بعَدِّه مخطئا لأنه تعمد الفعل، وإنما يسأل الجانى بعَدِّه شبه عامد، ويعاقب على فعله بعقوبة أخف من عقوبة العامد وأغلظ من عقوبة المخطئ. ومن أدخل أصبعه فى عين إنسان ففقأها أو أذهب بصرها، يسأل عن نتيجة فعله بعَدِّه متعمدا، لأنه قصد الفعل وقصد نتيجته، أو لأن الفعل يؤدى غالبا لهذه النتيجة. ومن رمى إنسانا بحجر فأوضحه أو هشمه[1]، يسأل عن نتيجة فعله بعَدِّه متعمدا، لأنه قصد الفعل، ولأن فعله يؤدى غالبا لهذه النتيجة. ومن رمى غيره بحصاة صغيرة فى جبهته فورمت ثم أوضحت لا يسأل عن هذه النتيجة بعَدِّه متعمدا إذا لم يكن قصدها، لأن الفعل لا يؤدى غالبا لها؛ وإنما يسأل عن هذه النتيجة بعَدِّه شبه عامد[2].

---

(١) الإيضاح والهشم اسمان لنوعين من الشجاج. والشجاج هى الجراح التى تصيب الرأس والوجه.

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٦٧، الأم ج ٦ ص ٤٥، الإقناع ج ٤ ص ١٥٦، المغنى ج ٩ ص ٤١٠، الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٢٨.

<عوده> ٢٩٦- *مقارنة بين الآراء الثلاثة* : والقصد الاحتمالى لا وجود له فى جريمة القتل العمد عند أبى حنيفة والشافعى وأحمد، بينما يسلم مالك بوجود القصد المحتمل فى القتل العمد ويؤخذ الجانى فى كل الأحوال بقصده المحتمل.

والأصل فى هذا الخلاف أن مالكا يقسم القتل إلى عمد وخطإ فقط، فكل ما ليس خطأ فهو عمد عند مالك، وكل عمد يكفى فيه قصد العدوان، ذلك القصد الذى يميز العمد عن الخطإ. أما بقية الأئمة فيقسمون القتل إلى عمد وشبه عمد وخطإ ويشترطون فى العمد قصد الفعل وقصد إزهاق روح المجنى عليه، فإذا قصد الجانى الفعل ولم يقصد القتل فهو شبه عامد لا متعمد، وعليه عقوبة تقل عن عقوبة العمد وتزيد على عقوبة الخطإ، وهكذا كان اشتراط قصد إزهاق روح المجنى عليه عند من يشترطون هذا الشرط سببا فى امتناع القصد الاحتمالى فى دائرة القتل العمد.

ويسلم الفقهاء جميعا بوجود القصد الاحتمالى فيما دون النفس أى فى الجرح والضرب وما أشبه، ويتفق مالك وأبو حنيفة فى أخذ الجانى بقصده المحتمل فى كل الأحوال ما دام قد تعمد الفعل، ويظاهرهما على ذلك الرأى المرجوح فى مذهب أحمد.

ويتفق الشافعى مع الرأى الراجح فى مذهب أحمد على أن الجانى مسئول عن النتائج التى قصدها باعتباره عامدا، وأنه يؤاخذ بقصده الاحتمالى فيسأل بعَدّه عامدا كلما كانت النتائج فى حكم المقصودة، وتُعَدُّ النتائج كذلك إذا كانت غالبة الوقوع، فإذا لم تكن نتائج الفعل مقصودة ولا غالبة الوقوع فهى نتائج غير مقصودة أو فى حكم النتائج غير المقصودة، ولكن لا يسأل عنها الجانى بعَدّه مخطئا؛ لأنه تعمد الفعل، وإنما يسأل عنها بعَدّه شبه عامد ويعاقب عليها بعقوبة بين عقوبة العمد وعقوبة الخطأ.

٢٩٧- *بين الشريعة والقانون* : الأساس الأول الذى قامت عليه نظرية القصد الاحتمالى هو جرائم القتل والجرح والضرب، والأحكام التى وضعت لهذه الجرائم هى التى بعثت فكرة القصد الاحتمالى إلى الوجود وجعلت منها نظرية خاصة.

وأكثر القوانين الوضعية لا تضع قواعد عامة للقصد الاحتمالى، وتكتفى بالنص عليه فى جرائم خاصة هى جرائم الضرب والجرح والجرائم الأخرى التى تؤدى إلى قتل أوجرح. فقانون العقوبات المصرى مثلا يأخذ الجانى بقصده المحتمل فى جرائم الضرب والجرح (المواد من ٢٤٠ إلى ٢٤٣ عقوبات)، وفى جريمة تعذيب متهم لحمله على الاعتراف

(المادة ١٢٦ عقوبات)، وفى جريمة تعطيل المواصلات أو تعريضها للخطر إذا أدى ذلك إلى جرح إنسان أو موته (المادتان ١٦٧، ١٦٨ عقوبات)، وفى جريمة الحريق المتعمد إذا أدى لموت شخص كان موجودا فى الأماكن المحرقة (المادة ٢٥٧ عقوبات)، وفى جريمة تعريض الأطفال للخطر إذا نشأ عن ذلك انفصال عضو من أعضاء الطفل، أو فقد منفعته أو نشأ عن ذلك موت الطفل (المادتان ٢٨٥، ٢٨٦ عقوبات). ولم يضع القانون المصرى قواعد عامة للقصد الاحتمالى إلا عندما تعرض لعقوبة الشركاء، حيث نصت المادة ٤٣ عقوبات على أن "من اشترك فى جريمة فعليه عقوبتها، ولوكانت غير التى تعمد ارتكابها، متى كانت الجريمة التى وقعت بالفعل نتيجة محتملة للتحريض أو الاتفاق أو المساعدة التى حصلت".

ونظرية القصد الاحتمالى لم تعرف فى القوانين الوضعية إلا أخيرا، وهى من النظريات المسلم بها علميا المختلف فى شأنها عمليا. فالقوانين تختلف فى مدى تطبيقها، والشراح يختلفون فى تصويرها وتحديدها. ولكن ما أخذت به القوانين ومايراه الشراح على اختلافهم لا يخرج فى مجموعه عن النظريات الثلاث التى عرفها الفقه الإسلامى. فالقانون المصرى يأخذ فى جرائم القتل والضرب والجرح بنظرية أبى حنيفة، وإن كان لا يشترط صراحة فى جريمة القتل العمد توافر قصد إزهاق روح القتيل، لأن هذا الشرط تقتضيه التفرقة بين القتل العمد والضرب المفضى للموت، وقيام هذا الشرط يؤدى إلى استبعاد القصد الاحتمالى من دائرة جريمة القتل العمد، ويجعل القانون المصرى الجارح الضارب مسئولا عن نتائج فعله سواء قصدها أو لم يقصدها توقعها أو لم يتوقعها، سواء كانت النتائج قريبة الوقوع أو بعيدة الوقوع.

والقانون الفرنسى يأخذ فى جرائم القتل والضرب والجرح بمثل ماأخذ به القانون المصرى، فمن ضرب إنسانا بعصا فأحدث به جرحا أدى لموته فهو مسئول عن جريمة الضرب المفضى إلى الموت، وإذا أدى الضرب لعاهة فالجانى مسئول عن إحداث عاهة، وإذا أعجز الضرب المجنى عليه مدة تزيد على العشرين يوما، كان الجانى مسئولا عن هذه النتيجة، فإن قلت مدة العجز عن ذلك كان الجانى مسئولا على قدر نتيجة فعله. والجانى يسأل فى كل هذه الأحوال المختلفة بعَدِّه عامدا لا مخطئا.

والشراح المصريون والفرنسيون يسلمون بما سبق، بحُسبانه مما نص عليه القانون، ولا يرون الأخذ بالقصد الاحتمالى فى جريمة القتل العمد؛ لأن الأخذ بنظرية القصد

 الاحتمالى فى القتل العمد يؤدى إلى اختلاط القتل العمد بالضرب المفضى للموت، ويجعـل الـتمييز بين هاتين الجريمتين متعذرا، ولكنهم فيما عدا هذا يضعون نظريتهم فى القصـد الاحـتمالى على أساس آخر، ويجعلون الجانى مسئولا كلما كانت النتائج قريبة ومحتملة الوقوع وفى الإمكان توقعها، سواء توقعها الجانى بالفعل أو لم يتوقعها.

ويرى بعض الشراح أن يؤاخذ الجانى على أساس أنه متعمد فى حالتين : الأولى : إذا نـص القانون على ذلك. والثانية : إذا كانت النتائج من النتائج الملازمة للفعل، بحيث لا يتصور أن الجانى قصد الفعل دون أن يقصد نتائجه. وفيما عدا هاتين الحالتين يسأل الجانى بعَدِّه مخطئا[1].

ويسـتخلص مما سبق أن القانونين : المصرى والفرنسى يأخذان بنظرية أبى حنيفة كامـلة فى القـتل والضرب والجرح، كما يأخذان بنظرية مالك فى الضرب والجرح فقط، ويأخذان بنظرية الشافعى فيما يتعلق بالقتل فقط.

أمـا نظرية الشراح المصريين والفرنسيين، فهى أقرب ما تكون لنظرية الشافعى وأصحاب الرأى الراجح فى مذهب أحمد، ولكن نظرية الفقهاء الإسلاميين أدق منطقا ومقياسـا، لأنها تعطى النتائج الغالبة الوقوع حكم النتائج المقصودة، وتجعل الجانى فى حكم العامد، كما أنها تجعل للنتائج التى لا يغلب وقوعها حكما خاصا، وتجعل الجانى مسـئولا عنها بعَدِّه شبه عامد. وهذا منطق دقيق واضح ليس فيه تعقيد ولا التواء. فالمقيـاس الذى تقاس به مسئولية الجانى عما لم يقصده من نتائج هو غلبة وقوع هذه النـتائج، وهـو مقياس عادل، لأن نتائج الفعل الغالبة الوقوع تكون دائمة فى ذهن الجانى، ولا تكاد تنفصل ذهنيا عن الفعل المادى، فإذا قصد الجانى الفعل فقد قصدها، وهـو مقيـاس ثـابت، لأنه يقوم على أساس مادى ثابت هو غلبة وقوع النتائج، ولا يقـوم عـلى أساس اعتبارى يختلف باختلاف الأشخاص وقدرتهم على التفكير والاستنتاج.

أمـا الشراح فيقيمون نظريتهم على أسس غير ثابتة، ويقيسون المسئولية بمقاييس ليست دقيقة، إذ يجعلون الجانى مسئولا عن النتائج كلما كانت قريبة ومحتملة الوقوع

---

(١) شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسي والسعيد مصطفى ص ٣٧٥، مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى ص ٨٧٧ .

<عوده> وفى الإمكان توقعها. واشتراط قرب النتائج ليس مقياسا صحيحا ولا أساسا ثابـتا ما دامت درجة القرب لم تحدد بحد ثابت. واحتمال وقوع النتائج ليس أساسا ثابتا ولا مقياسا صحيحا. ومثل ذلك يقال عن إمكان توقع النتائج، فالنتائج المحتملة قد تكون قريبة وقد تكون بعيدة، وما يمكن أن يتوقعه شخص قد لا يتوقعه آخر. وما يراه شخص محتملا قد يراه الآخر غير محتمل. ولعل هذه العيوب هى التى دعت بعض الشراح إلى القول بمسئولية الجانى بعَدِّه عامدا كلما كانت النتائج من النتائج الملازمة للفعل، بحيث لا يتصور أن الجانى قصد الفعل دون أن يقصد نتيجته، وهؤلاء الشراح وإن جـاءوا بمقيـاس مادى ثابت، إلا أنهم قضوا على نظرية القصد الاحتمالى؛ لأن النـتائج الملازمة للفعل هى نتائجه الطبيعية التى يسأل عنها الجانى على أساس قصده العام دون حاجة إلى اللجوء لنظرية القصد الاحتمالى.

والقـانون الإنجليزى لا يشترط فى القتل العمد توافر إرادة القتل عند القاتل، بل يَعُـدُّ محدث القتل قاتلا عمدا متى كان يعلم أو كان فى استطاعته أن يعلم : أن فعله يمكـن أن يـترتب عليه الموت، بغض النظر عما إذا كان قد أراد هذه النتيجة أو لم يردها. وبهذا الرأى أخذ القانون السودانى، إذ يُعَدُّ القتل عمدا إذا حصل الفعل بقصد تسـبيب المـوت، أو إذا عـلم الفاعل أو كان له داع أن يعلم أن الموت ربما يكون النتيجة المحتملة للفعل، أو لأى ضرر جسدى كان القصد أن يسببه الفعل[1]

فالقـانون الإنجـليزى والقـانون السودانى يأخذان الجانى فى القتل العمد بقصده المحتمل، وهذا يتفق مع النظرية الألمانية التى تأخذ الجانى بقصده الاحتمالى فى القتل العمد وغيره، كلما تمثل الجانى أو توقع النتيجة أو النتائج التى وقعت ولو لم يقصدها بالذات.

وتتفق النظرية الألمانية والقانون الإنجليزى والقانون السودانى مع مذهب مالك فى مؤاخذة الجانى بقصده الاحتمالى فى القتل العمد، ولكن مذهب مالك بالرغم من هذا الاتفـاق الظاهـر يتسع لما تضيق عنه النظرية الألمانية، ولا تمتد إليه نصوص القانون الإنجـليزى أو السودانى؛ إذ الجانى لا يؤخذ بقصده الاحتمالى عند الألمان، ولا طبقا للقانونين الإنجليزى والسودانى إلا إذا توقع أن فعله قد يؤدى للموت. وأما فى مذهب مالك، فالجانى يسأل عن القتل ولو لم يقصده أو لم يتوقعه، فمثلا إذا لطم الجانى شخصا

(١) أحمد بك أمين ص ٣١٩، مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى ص ٨٧٦.

عوده صحيح الجسم بقصد العدوان ودون أن يقصد الجانى القتل أو يخطر فى باله أن فعلــه قــد يؤدى للموت، فمات المجنى عليه من اللطمة، فالجانى قاتل متعمد عند مــالك[1]، وليــس قــاتلا متعمدا طبقا للنظرية الألمانية أو طبقا للقانونين الإنجليزى والسودانى.

ولا يفوتــنا أن نلاحــظ أن المقــاييس التى وضعتها النظرية الألمانية والقانونان الإنجــليزى والسودانى هى مقاييس شخصية غير ثابتة. فالجانى طبقا للنظرية الألمانية يجب أن يتمثل أو يتوقع النتيجة، والتمثل مسألة داخلية يصعب إثباتها إلا إذا اعترف بهــا الجانى، وما قد يتمثله شخص لا يتفق مع ما قد يتمثله آخر مما يصعب معه وضع قاعدة للتمثل والتوقع. والجانى طبقا للقانونين الإنجليزى والسودانى يجب أن يعلم أو أن يكــون فى اســتطاعته أن يعلم أن الفعل قد يؤدى للموت، والعلم أيضا مسألة داخلية، ومن الصعب إثباته إلا إذا اعترف به الجانى، وماقد يعلمه شخص أو يستطيع أن يعــلمه قد لايعلمه ولايستطيع أن يعلمه شخص آخر، ومن ثم فليس فى الإمكان وضع قاعدة للعلم واستطاعة العلم.

وقد حاولت التشريعات الوضعية الحديثة أن تضع نصوصا عامة للقصد الاحتمالى، ولكــن هذه النصوص على اختلافها لا تخرج عما قال به الفقهاء الإسلاميون. فالقانون المكسيكى الصادر فى سنة ١٩٣١ يجعل الجانى مسئولا بعَدِّه عامدا عن كل النتائج التى لم يقصــدها، إذا كــانت مــن نتائج الفعل الضرورية أو العادية، أو كان الجانى قد توقع حدوثهـــا، أو عزم على مخالفة القانون مهما كانت النتيجة. وهذا الذى أخذ به القانون المكســيكى إنمــا هو مزيج من النظريات الإسلامية. والقانون الإيطالى الصادر فى سنة ١٩٣٠ يجعــل الجانى مسئولا عن النتائج التى لم يقصدها، ويعاقبه بعقوبة أقل من عقوبة العــامد وأكثر من عقوبة المخطئ، ونظرية القانون الإيطالى تقوم على نفس الأسس التى تقوم عليها نظرية الشافعى والرأى الراجح فى مذهب أحمد.

تــلكم هى نظريات الفقهاء الإسلاميين فى القصد الاحتمالى، وهذه هى نظريات شراح القوانين. وظاهر بجلاء مما قدمنا أن القوانين الوضعية لم تأت بجديد على الشريعة،

---

(١) كان القضاء الفرنسى يطبق مذهب مالك فى القتل حتى سنة ١٨٣٢، حيث صدر قانون يعاقب على الضرب المؤدى للموت بعقوبة أقل من عقوبة القتل.

⟨عوده⟩ وأن الشـــراح لم يعرفوا فى عهدنا أكثر مما عرفه الفقهاء فى العهود القديمة. فالشـــريعة قد أخذت بالقصد الاحتمالى فى دائرة الجرائم التى تصيب النفس وما دون الـــنفس، والقوانين الوضعية لم تخرج عن هذه الدائرة، ونظريات الفقهاء الإسلاميين لاتزال كما رأينا أدق منطقا وأكثر سعة وأفضل صياغة من كل النظريات التى يقول بها شراح القوانين.

۞ 291– 297 – القصد المعين وغير المعين والنتائج الاحتمالية :

هـذه صـورة أخـرى لاهتمام الفقه بأحكام جريمة القتل العمد، وتدقيقهم فى أحكامهـا. فقـد تعـرض فقهاؤنا لصور يكون فيها الفعل المعاقب عليه قد قصد به شـخص معـين أو غير معين. والراجح هو أن عقوبة هذه الجريمة تحمى حرمة الحياة البشـرية. والناس جميعا متساوون فى استحقاق هذه الحماية، ولذلك اتجهوا إلى عدم تخفيـف العقوبة فى حالة عدم تحديد المجنى عليه المقصود بالقتل أو عدم تعيينه.. لكننا نـرى أن استبعاد القصاص فى هذه الحالة أقرب لروح التشريع؛ إذ توجب شريعتنا استبعاد الحدود والقصاص عند وجود أى شبهة. ونعتقد أنه يمكن أن يُعَدَّ عدم اتجاه قصـد القاتل إلى من قُتل فعلا هو شبهة توجب الاكتفاء بالتعزير استثناء من الأصل الذى أشرنا إليه.

إن الـرأى الـذى يستبعد القصاص فى حالة عدم تعيين المقصود بالقتل فى حالة التسـبب هـو فى نظرنا أكثر تمشيا مع المبدإ العام الذى يوجب تضييق نطاق عقوبة القصاص واستبعادها كغيرها من العقوبات البدنية المقدرة شرعا بمجرد وجود أى شبهة دون حاجة للاستشهاد بالنظريات الألمانية أو غيرها.

* * *

القصد الاحتمالى أو غير المباشر هو تحميل الجانى مسئولية النتائج الاحتمالية لفعله، دون حاجة لإثبات أنه قصدها بالذات أو أنه توقعها. وهذا أيضا من الموضوعات التى تثيرها عقوبة القصاص فى جرائم الاعتداء على الأشخاص، تعدد الآراء فى فقهنا يماثله ما نراه حتى الآن من خلافات فى الفقه والقضاء المعاصر.

ولامجال للاختلاف فى حالة النص الصريح على عقوبة معينة فى حالات خاصة من القصـد الاحـتمالى، كمـا هو الشأن بالنسبة لما يسميه فقهنا شبه العمد فى جرائم الاعتداء على الأشخاص، أما عندما لا يوجد نص – فإن الأمر يدخل فى نطاق المبدإ الذى أشرنا إليه مرارا وهو تضييق نطاق عقوبات القصاص والحدود – ويبقى الجزاء فى نطاق التعازير وفيها يكون للمقنن أو القاضى أو الفقيه أن يختار بين الآراء المختلفة حسب ظروف كل جريمة على حدة – وذلك على التفصيل الذى توسع فى عرضه..

وكمـا هـو واضـح من الأمثلة التى تعرض لها، فإن هذا موضوع يتعلق بجرائم الاعـتداء عـلى حياة الأشخاص وسلامة أبدانهم التى يوليها مشرعنا عناية خاصة، ولذلك فإنه سيعود لها بالتفصيل فى دراسة القسم الخاص.

المبحث الخامس
أثر الجهل والخطإ والنسيان على المسئولية

<عوده> ٥٩٨ـ *أثر الجهل على المسئولية الجنائية* : من المبادئ الأولية فى الشريعة الإسلامية أن الجانى لا يؤاخذ على الفعل المحرم إلا إذا كان عالما علما تاما بتحريمه، فإذا جهل التحريم ارتفعت عنه المسئولية..ويكفى فى العلم بالتحريم إمكانه. فمتى بلغ الإنسان عاقلا وكان ميسرا له أن يعلم ماحرم عليه إما برجوعه للنصوص الموجبة للتحريم، وإما بسؤال أهل الذكر عُدَّ عالما بالأفعال المحرمة، ولم يكن له أن يعتذر بالجهل أو يحتج بعدم العلم. ولهذا يقول الفقهاء : "لايقبل فى دار الإسلام العذر بجهل الأحكام"..

ويُعَدُّ المكلف عالما بالأحكام بإمكان العلم لا بتحقق العلم فعلا، ومن ثم يُعَدُّ النص المحرم معلوما للكافة ولو أن أغلبهم لم يطلع عليه أو يعلم عنه شيئا مادام العلم به كان ممكنا لهم. ولم تشترط الشريعة تحقق العلم فعلا؛ لأن ذلك يؤدى إلى الحرج ويفتح باب الادعاء بالجهل على مصراعيه ويعطل تنفيذ النصوص...

هذه هى القاعدة العامة فى الشريعة الإسلامية ولا استثناء لها. وإذا كان الفقهاء يرون قبول الاحتجاج بجهل الأحكام ممن عاش فى بادية لا يختلط بمسلمين، أو ممن أسلم حديثا ولم يكن مقيما بين المسلمين، فإن هذا ليس استثناء فى الواقع، وإنما هو تطبيق للقاعدة الأصلية التى تمنع مؤاخذة من يجهل التحريم حتى يصبح العلم ميسرا له، فمثل هؤلاء لم يكن العلم ميسرا لهم ولا يُعَدُّونَ عالمين بأحكام الشريعة. أما إذا كان مدعى الجهل ناشئا بين المسلمين أو أهل العلم فلا يقبل منه الادعاء بالجهل...

ويلحق الجهل بمعنى النصوص الحقيقى بالجهل بذات النصوص، فحكمهما واحد. فلو ادعى الجانى أن النص لا يدل على التحريم أو أن نصا آخر أباح الفعل المحرم، فإن جهله بالمعنى الحقيقى للنصوص لا يرفع عنه المسئولية الجنائية، وهذا هو الخطأ فى التفسير كما نسميه اليوم فى لغتنا القانونية. ومن الأمثلة المشهورة فى الشريعة على الخطإ فى التفسير، أن جماعة من المسلمين شربوا الخمر فى الشام مستحلين لها مستدلين بقوله ﷻ : ﴿ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جُناح فيما طعموا﴾[المائدة: ٩٣]، فأقيم عليهم حد الخمر...

﴿عوده﴾ وتـــتفق القوانـــين الوضعية تمام الاتفاق مع الشريعة فيما يختص بأثر الجهل بالقـــانون على المسئولية الجنائية. فالقاعدة فى القوانين الوضعية أن الإنسان لا يعذر بجهل القانون، وأن عبارة الجهل بالقانون تشمل العلم به، والخطأ فى فهمه وتفسيره. ولكـــن إذا كان الإنسان فى ظروف يستحيل معها العلم بصدور قانون، فله أن يحتج بالجهل، ويضربون لذلك مثلا حالة المحاصرين فى قلعة إذا خرجوا منها وخالفوا قوانين صدرت أثناء ضرب الحصار عليهم، وأساس الخروج على القاعدة أن هؤلاء لم يتيسر لهم العلم بالقانون ...

٢٩٩ـ *أثر الخطأ على المسئولية الجنائية* : الخطأ هو وقوع الشىء على غير إرادة فاعلـــه. فالفاعل فى جرائم الخطإ لا يأتى الفعل عن قصد ولا يريده، وإنما يقع الفعل منه على غير إرادته وبخلاف قصده. وفى بعض الأحيان يقصد الجانى فعلا معينا ليس جريمة فى ذاته، فيتولد من هذا الفعل المباح ما يُعَدُّ جريمة دون أن يقصد الجانى ما تولد عن فعله، وتُعَدُّ الجريمة المتولدة عن الفعل المباح جريمة غير عمدية ولو أن الجانى قصد الفعل المباح؛ لأنه قصد بفعله محلا غير المحل المحرم أى غير محل الجريمة. ومثال ذلك أن يتمضمض صائم فيسرى الماء إلى حلقه، أو يرمى صائد طيرا فيصيب إنسانا، فالصائم قصد إدخال الماء إلى فمه ليتمضمض ولم يقصد إدخاله إلى حلقة ليفطر؛ فهو قد قصد فعـــلا مباحا، ولكن تولد عن الفعل المباح الذى قصده فعل آخر غير مباح لم يقصده وإنمـــا وقع على غير إرادته. والصائد قصد صيد الطائر ولم يقصد إصابة المجنى عليه، فهو قد قصد فعلا مباحا ولكن تولد عن الفعل المباح الذى قصده فعل آخر غير مباح لم يقصـــده وهـــو إصابة المجنى عليه، ومحل الفعل المقصود هو الطائر ومحل الفعل غير المقصود هو الإنسان...

والمخطئ كالعامد مسئول جنائيا كلما وقع منه فعل يحرمه الشارع، ولكن سبب مسئوليتهما مختلف. فمسئولية العامد سببها أنه قصد عصيان أمر الشارع وتعمد إتيان مـــا حرمه أو ترك ما أوجبه، ومسئولية المخطئ سببها أنه عصى الشارع، لاعن قصد ولكن عن تقصير وعدم تثبت واحتياط[1]...

(١) الفقه للخضرى ص : ١٣١ ...

<عوده> ٣٠٠ـ *المسئولية عن الخطإ استثناء* : والأصل فى الشريعة أن المسئولية الجنائية لا تكون إلا عن فعل متعمد حرمه الشارع ولا تكون على الخطإ، لقوله ﷻ : ﴿وليس عليكم جُناح فيما أخطأتم به ولكن مَّا تعمدت قلوبكم ﴾ [الأحزاب :٥].

ولقول الرسول: "رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه". ولكن الشريعة أجازت العقاب على الخطإ استثناء من هذا الأصل[1]. من ذلك قول الله ﷻ: ﴿وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا إلا خطأ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله ... ﴾ [النساء:٩٢].

ولما كان الأصل هو العقاب على العمد، والاستثناء هو العقاب على الخطإ، فإنه يترتب على ذلك أن كل جريمة عمدية يعاقب عليها فاعلها إذا أتاها عامدا، ولا يعاقب عليها إذا أتاها مخطئا، ما لم يكن الشارع قد قرر عقوبة لمن أتاها مخطئا؛ لأن الجريمة بهذا تصبح من جرائم العمد وجرائم الخطإ فى آن واحد. فمن زنا عامدا عوقب بعقوبة الزنا، ولكن من أتى امرأة أجنبية زفت إليه على أنها امرأته لا عقاب عليه؛ لأنه أخطأ ولم يتعمد ارتكاب المحرم والجريمة عمدية. ومن سرق عامدا عوقب بعقوبة السرقة، ولكن من أخذ مال غيره سهوا أو خطأ مع مال له، لا عقاب عليه ؛ لأنه أخطأ ولم يتعمد الفعل المحرم والجريمة عمدية، ومن شرب الخمر عوقب بعقوبة الشرب، ولكن من شربها يظنها ماء لا عقاب عليه؛ لأنه شربها عن غير عمد والجريمة عمدية، وهكذا كل جريمة عمدية أتاها الجانى عامدا فعليه عقوبتها فإذا أتاها مخطئا فلا عقاب عليه. ويمكن تعليل عدم العقاب بأن الخطأ يعدم ركنا من أركان الجريمة العمدية فلا تتكون الجريمة. على أن انتفاء المسئولية الجنائية لانعدام ركن من أركان الجريمة لا يمنع من مسئولية الفاعل مسئولية مدنية، إذ القاعدة فى الشريعة أن الدماء والأموال معصومة، وأن الأعذار الشرعية لا تنافى عصمة المحل، فمن زفت إليه امرأة على أنها زوجته فوطئها يحسبها زوجته لا يعاقب جنائيا وإنما عليه مهرها؛ لأن الوطء فى دار الإسلام لا يخلو من حد أو مهر، ومن أخذ خفية مالا للغير وهو يحسبه ماله، ثم تصرف فيه لا يُعَدُّ سارقا لانعدام القصد الجنائي، ولكنه يلتزم بضمان هذا المال لصاحبه...

---

(١) الإحكام فى أصول الأحكام لابن حزم ج/٥ ص:١٤٩ وما بعدها، وص: ١٥٤ ومابعدها ...

<عوده> أمـــا إذا كـــانت الجريمة مما يحرم إثباته عمدا أو خطأ، كالقتل والجرح، فإن العامد يعاقب على فعله بالعقوبة المقررة للعمد، بينما يعاقب المخطئ بالعقوبة المقررة للخطإ، وقد بينا من قبل أن الشارع يفرق بين عقوبة العامد وعقوبة المخطئ، فيغلظ عقوبة الأول ويخفف عقوبة الثاني[1]...

ويلاحـــظ أن الصالح العام هو الذى اقتضى العقاب على الخطإ. فهناك من جرائم الخطـــإ ماله خطورته ويكثر وقوعه، كالقتل والجرح خطأ، ولما كان أساس الخطأ هو التقصـــير وعدم الاحتياط، فقد عاقب الشارع على جرائم الخطإ التى يكثر وقوعها ولا يخفى خطرها؛ لأن العقاب عليها يحقق مصلحة عامة إذ يحمل الأفراد على التثبت والاحتياط فيقل هذا النوع من الجرائم ...

ولقـــد نصـــت الشريعة الإسلامية على جرائم معينة وعُدَّت أغلب هذه الجرائم عمديـــة وأقـــلها من جرائم الخطإ. ولما كان الأصل هو العقاب على الجرائم العمدية والاستثناء هو العقاب على الخطإ فإنه لا يجوز لولى الأمر أن يعاقب من ارتكب خطأ جـــريمة عمدية إلا إذا كان فى ذلك تحقيق مصلحة عامة، وهذا يصدق على الجرائم مـــتى حرمتها الشريعة، أما الجرائم التى يحرمها أولو الأمر فلهم فيها أن يعاقبوا على العمـــد والخطإ مع مراعاة قاعدة الشريعة الأصلية، وهى أن العقاب على العمد هو الأصل، وأن العقاب على الخطإ هو الاستثناء، وأن العقاب على الخطإ لا محل له ما لم يحقق مصلحة عامة[2]...

---

(١) راجع الفقرة :٢٨٥...

(٢) لا يجيز المعتزلة العقاب على الخطإ إلا ما نص عليه، وحجتهم أن المؤاخذة تكون بالجناية، والجناية لا تكون إلا بالقصد والخطأ لاقصد فيه فلا جناية فيه ولا مؤاخذة عليه. ولكن الجمهور يرى أن فى الخطأ عدم التثبت والاحتياط الواجبين، فمن تسبب فى خطإ أو باشره، فقد أتى بجناية وجازت مؤاخذته. راجع فواتح الرحموت لعبد العلى الأنصارى ج/١ ص:١٦٦...

❁ 298 - 300 – العلم والجهل والخطأ :

المبدأ الشرعى هو أن المكلف يكون مسئولا عن ارتكاب الجريمة بعد علمه بتجريمها وتحريمها، إلا أنه لا يجوز له أن يدعى عدم علمه ما دام ذلك كان ممكنا له؛ لأن الجهل بالشريعة وأحكامها لا يجوز أن يحتج به، ويُعَدّ النص الذى يعاقب على الفعل معلوما من كل مكلف بمجرد صدوره وإعلانه لأن العلم به واجب وممكن للكافة، وإذا قصَّر المكلف فى العلم بالأحكام فإن تقصيره يحسب عليه لا له؛ إذ إن العلم فريضة على كل مكلف، ولذلك فإن جهله بالنص حتى لو ثبت فإنه لا يعفيه من المسئولية. ومع ذلك، فمن واجب الفقه والمجتمع أن يهيئ لكل إنسان الأسباب التى تمكنه من الاطلاع على النصوص المعاقبة على الجرائم وتيسر له ذلك وتساعده عليه. ولذلك فإننا قدمنا مرارا رأينا بأن التقنين أصبح واجبا فى عصرنا والعصور القادمة لكثرة الخلافات الفقهية وصعوبة الرجوع إلى كتب الفقه للرجل العادى بل وللدارسين كما أشار فقيهنا فيما سبق.

* * *

فى شريعتنا كغيرها من الشرائع يترتب على ثبوت الخطإ امتناع العمد، لكن المشرع فى حالات محدودة يفرض عقوبة خاصة – أقل من عقوبة الجريمة العمدية – على بعض أفعال الخطإ عندما يترتب عليها نتيجة معينة يَعُدُّها خطيرة ويقرر مساءلة المخطئ عن فعله وأخطائه بعَدِّها من جرائم الإهمال أو الخطإ. وقد أشار إلى المبدإ القرآنى : ﴿وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به﴾ [الأحزاب:5]. وأكد أنه هو الأصل العام. ثم أضاف أن هناك حالات يقرر فيها الشارع "عقوبة" على أفعال الخطإ استثناء لمصلحة عامة يقدرها؛ لكن العقوبة تكون أقل من عقوبة العمد.

۞ نحن نؤيد الرأى القائل بأن الخطأ لا يجوز وصفه بأنه جريمة وجزاؤه يكون تدبيرا وقائيا أو تربويا وتهذيبيا :

ونحن نضيف لذلك أن الجزاء الذى قررته الشريعة عن أفعال مثل القتل الخطإ — لا يمكن القطع بأنه عقوبة جنائية، بل إنه يمكن أن يُعَدّ نوعا من تدابير الوقاية أو العبادة أو التوبة أو الاستغفار أو التعويض. ويكفى أن نذكر مثالا لذلك : ﴿فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله﴾ –أى أنه ليس فى نظرنا عقوبة جنائية حتما وإن كان فقهنا يَعُدُّه تعزيرا، فهو بمعنى التأديب والتهذيب؛ ونتفادى بذلك ما وصل إليه فقيهنا من عَدّ ذلك استثناء على قاعدة أنه ليس عليكم جناح فيما اخطأتم به — وما استطرد إليه من بحث فى تعليل هذا الاستثناء المزعوم على أنه يمكن قبول رأيه على أن يكون الاستثناء خاصا بالجزاء الدنيوى — أما فى الآخرة فإن المبدأ القرآنى لا استثناء عليه، وقد أشار إلى أن المعتزلة لا يجيزون العقاب على الخطإ إلا بنص، ونحن نرجح هذا القول ونرى أنه يكفى حسبان الجزاء تدبيرا وقائيا أو تربويا وتهذيبيا.

〈عوده〉 ٣٠١ـ *أنـواع الخطـأ* : الخطأ فى الشريعة على نوعين : خطأ متولد، وخطأ غير متولد ...

الخطأ المتولد : هو ما تولد عن فعل مباح أو فعل أتاه الفاعل وهو يعتقد أنه مباح. والخطأ المتولد، إما أن يكون مباشرا، كمن يرمى طائرا فيصيب شخصا وكمن يرمى جنديا فى صفوف الأعداء أو عليه لباسهم معتقدا أنه من العدو ثم يتبين أنه من جنود الوطن، وإما أن يكون بالتسبب، كمن يحفر بئرا فى الطريق العام بإذن من ولى الأمر ولا يتخذ الاحتياطات لمنع المارة من السقوط فيها...

الخطـأ غير المتولد : هو كل ما عدا الخطأ المتولد. وهو إما أن يكون خطأ مباشرا فيقـع من المخطئ مباشرة دون واسطة، كما لو انقلب نائم على صغير بجواره فقتله، وإمـا أن يكون خطأ بالتسبب، وهو ما يتسبب فيه المخطئ دون أن يقع منه مباشرة، كمـا لو حفر شخص بئرا فى الطريق العام دون إذن ولى الأمر فوقع فيها أحد المارة، وكمـا لـو وضع شخص أحجارا فى الشارع العام دون إذن فاصطدم فيها شخص وأصيب...

ويطـلق بعـض الفقهاء على الخطإ المتولد المباشر لفظ الخطأ مطلقا من كل قيد، ويسـميه بعضهم الخطأ المحض. أما الخطأ المباشر غير المتولد، والخطأ بالتسبب متولدا وغـير متولد، فيسمونه اصطلاحا ما جرى مجرى الخطإ[1]. ومن الفقهاء من لا ينوع الخطأ ولا يفرق بين صوره المختلفة ويسميها جميعا خطأ...

٣٠٢ـ *أسـاس الخطـأ* : أسـاس الخطـإ فى الشـريعة هو فى الأصل عدم التثبت والاحـتياط، ولكـن لا يشترط مع هذا لمسئولية المخطئ أن يقع منه تقصير فى كل الأحـوال، وإنمـا يشـترط وقوع التقصير فى الخطإ المتولد، أما فيما عداه فالتقصير مفترض شرعا فى الجانى ولا يعفى من المسئولية إلا إذا ثبت أنه ألجئ إليه إلجاء ...

ويسير الفقهاء على قاعدتين عامتين يحكمان الخطأ، وبتطبيقهما نستطيع أن نقول : إن شخصا ما أخطأ أو لم يخطئ[2] :

---

(١) راجع الفقرة : ٢٨٥ ...

(٢) بدائع الصنائع ج : ٧ ص : ٢٧١ : ٢٧٢ ...

〈عوده〉 القاعدة الأولى : إذا أتى الجانى فعلا مباحا أو يعتقد أنه مباح فتولد عنه ما ليس مباحا، فهو مسئول عنه جنائيا، سواء باشره أو تسبب فيه، إذا ثبت أنه كان يمكنه التحرز منه، فإذا كان لا يمكنه التحرز منه إطلاقا فلا مسئولية ...

القاعدة الثانية : إذا كان الفعل غير مباح فأتاه الجانى أو تسبب فيه دون ضرورة ملجئة، فهو تعد من غير ضرورة، وما نتج عنه يسأل الجانى عنه جنائيا سواء كان مما يمكن التحرز عنه أو مما لا يمكن التحرز عنه...

٣٠٣ـ *نوع من الخطإ عند مالك* : ويَعُدُّ مالك من الخطإ الأفعال التى يأتيها الجانى بقصد التاديب أو اللعب إذا أدت لموت المجنى عليه أو جرحه. وقد أخذ بهذا الرأى نتيجة لعدم اعترافه بشبه العمد؛ لأن القتل عنده ليس إلا عمدا أو خطأ، والعمد ما قصد فيه الجانى العدوان، والخطأ هو ما عدا ذلك. ومن يأت الفعل بقصد التاديب أو اللعب لا يتوافر لديه قصد العدوان بحسب رأى مالك ومن ثم عُدَّ فعله خطأ لا عمدا.

٣٠٤ـ *الخطأ فى الشخص والخطأ فى الشخصية* : يراد بالخطإ فى الشخص أن يقصد الجانى قتل شخص معين فيصيب غيره، ويراد بالخطإ فى الشخصية أن يقصد الجانى قتل شخص على أنه زيد فيتبين أنه عمرو. والخطأ فى الشخص والخطأ فى الشخصية نوعان من الخطإ المتولد؛ فالخطأ فى الشخص هو خطأ فى الفعل، فمن يرمى شخصا معينا فيخطئه ويصيب غيره فقد أخطأ فى فعله، والخطأ الذى وقع فيه متولد عن فعله الذى قصده. أما الخطأ فى الشخصية فهو خطأ فى ظن الفاعل وقصده؛ فمن رمى شخصا على أنه زيد ثم تبين أنه رمى عمرا فقد أخطأ فى قصده والخطأ الذى وقع فيه تولد عما ظنه صحيحا وقصده...

وقد اختلف الفقهاء فى حكم الخطإ فى الشخص والشخصية، فرأى البعض أن الجانى يسأل عن الجريمة بحُسبانه متعمدا، ورأى البعض أن الجانى يسأل عن الجريمة بحُسبانه مخطئا ...

فأما القائلون بأن الجانى يُعَدُّ عامدا، فهم أغلب الفقهاء فى مذهب مالك وبعض فقهاء المذهب الحنبلي. وهؤلاء يفرقون بين ما إذا كان الفعل المقصود أصلا محرما أو غير محرم؛ فإن كان الفعل المقصود أصلا محرما، فإن الخطأ فى الفعل أو فى الظن لا يؤثر على مسئولية الجانى شيئا، لأنه قصد فى الأصل فعلا محرما فهو جان متعمد.

<عوده> فمن أراد قتل زيد فأخطأه وقتل عمرا يُعَدّ قاتلا عمدا لعمرو، ومن قتل عمرا حاسبا أنه زيد يُعَدّ قاتلا عمدا لعمرو.

أما إذا كان الفعل المقصود أصلا غير محرم، فإن الخطأ فى الفعل أو فى الظن يكون لـــه أثره على مسئولية الجانى لأنه قصد فعلا مباحا. فإذا أخطأ فى فعله أو فى ظنه فهو جـــان مخطئ لا متعمد. فمن رمى صيدا أو غرضا فأخطأه وقتل آدميا يُعَدّ قاتلا خطأ، ومن رمى حربيا أو مهدر الدم فأخطأه وقتل معصوما يُعَدّ كذلك قاتلا خطأ، ومن قتل عمرا وهو يحسبه زيدا المهدر الدم يُعَدّ أيضا قاتلا خطأ[1]...

وأما القائلون بأن الجانى يُعَدّ مخطئا، فهم فقهاء مذهبى أبى حنيفة والشافعى وبعض الحنابلة، وهؤلاء جميعا يرون أن من قصد قتل شخص أو إصابته فأخطأ فى فعله وقتل أو أصاب غيره، أو أخطأ فى ظنه، وتبين أنه قتل أو أصاب غير من قصده، فإن الجانى يكـــون مسئولا عن القتل أو الجرح الخطإ فقط، سواء كان الفعل الذى قصده أصلا مباحا أو محرما؛ لأن الجانى لم يقصد قتل من قتل ولا إصابة من أصيب، ولو علم بأنه يخطئ ما أقدم على الفعل[2] ...

ويفـــرق بعـــض الفقهـــاء فى مذهـــب مالك بين الخطإ فى الشخص، والخطإ فى الشخصـــية، ويرون أن الجانى يسأل بحُسبانه مخطئا فى حالة الخطإ فى الشخص سواء كان الفعل الذى قصده أصلا مباحا أو محرما، أما فى حالة الخطإ فى الشخصية فيسأل الجانى بحُسبانه عامدا كلما كان الفعل الذى قصده أصلا محرما...

ورأى القائلـــين بعَدِّ الجانى عامدا إذا كان الفعل المقصود أصلا محرما، يتفق مع رأى شـــراح القـــانون المَصري، ورأى أغلب الشراح الفرنسيين. ورأى القائلين بعَدِّ الجانى مخطـــئا فى كـــل الأحـــوال يتفق مع النظرية الألمانية. أما القائلون بالتفرقة بين الخطإ فى الشخص والخطإ فى الشخصية فيتفق رأيهم مع ما يقول به بعض الشراح الفرنسيين[3].

---

(١) مواهب الجليل ج/٦ ص/٢٤٣: ٢٤٠، الشرح الكبير للدردير ج/٤ ص: ٢١٥، المغنى ج/٩ ص: ٣٣.

(٢) بدائع الصنائع ج/٧ ص: ٢٣٤، نهاية المحتاج ج/٧ ص: ٢٣٧، الإقناع ج/٤ ص: ١٦٨، المغنى ج/ ٩ ص: ٣٣٩.

(٣) شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والسعيد مصطفى ص/٣٥٦ وما بعدها، القانون الجنائي لعلي بدوى ص: ٣٥٦.

۞ 301 - 304 – أنواع الخطإ والخطأ فى الشخصية :

التفرقة بين ما سماه "الخطأ المتولد" و "غير المتولد" لها أهميتها فيما يتعلق بعبء الإثبات. فالنوع الأول أصله عمل مباح ولذلك فلا يترتب عليه مسئولية إلا إذا ثبت وقوع إهمال أو تقصير ممن قام بهذا الفعل المباح، وأن يثبت الادعاء أن هذا التقصير هو الذى أحدث الضرر أو النتيجة السيئة التى يؤاخذ عليها.

لكننا لا نوافق على وصف المسئولية بأنها "جنائية"، لأننا سبق أن بينا ضرورة التفرقة بين التعزير والعقوبة الجنائية. والتعزير على الخطإ يمكن عَدُّه مجرد تأديب ووقاية وتهذيب وتوبة وإصلاح، ولا يعنى حتما وقوع جريمة ولا مسئولية جنائية.

ما يسميه خطئا غير متولد هو خطأ فعلى من البداية؛ فكل ما يترتب عليه من ضرر يكون من نسب إليه مسئولا عنه. ولا نرى داعيا للقول بأن التقصير "مفترض شرعا"، ويكفينا ما أورده عن القاعدتين اللتين أشار إليهما فى هذا الصدد.

ويتضح من أقوال الإمام مالك التى أشار إليها اتجاهه إلى تضييق نطاق القصاص فى جريمة القتل العمد؛ لأن عقوبة القصاص كما ذكرنا مرارا استثنائية ويجب تضييق نطاقها. وقد أيدنا هذا الاتجاه عموما فى كل مناسبة؛ ونرى أن هذا هو ما تمليه روح التشريع الإلهى.

* * *

ما أورده من حجج للآراء المختلفة فى فقهنا وفيما يسميه آراء الشراح الأوربيين، يغنى عنه فى نظرنا الالتزام بمبدإ المساواة الإنسانية فى شريعتنا. فكل ما يلزم لعقاب مرتكب جريمة القتل العمد هو أن يقصد قتل إنسان – لأن الناس جميعا متساوون فى عصمة حياتهم ودمائهم.

لذلك لا نقر ما أشار إليه من وجود من يسميهم مهدرى الدم الذين لا يعاقب من يقصد قتلهم، لأن رأينا هو أن إهدار الدم لا يبيح القتل إلا للقاضى بحكم قضائى وإجراءات شرعية صحيحة، فلا يصح أن يقال بعدم مسئولية الفرد الذى يقتلهم أو يقصد قتلهم عمدا.. ولا القول بأن فعله مباح..

كل ما يمكن أن نقبله فى هذه الأحوال كلها هو القول باستبعاد القصاص تمشيا مع المبدإ الذى نرجح الالتزام به وهو تضييق نطاق عقوبات القصاص والحدود لمجرد وجود

شبهة، والخطأ فى الشخص فى جميع حالاته يجب عَدُّه شبهة توجب استبعاد القصاص – لكن يبقى التعزير.

وبهـذا تظهر فائدة المبدإ الذى نشير إليه دائما وهو أن الأصل فى عقوبة الجرائم كـلها هـو التعزير، وأنه يبقى واجبا كلما وجدت شبهة تؤدى إلى استبعاد العقوبة الحدية أو القصاص.

وأهميـة ذلـك أنه يمكننا من تضييق نطاق عقوبة القتل أو القصاص أو الحد مع استبقاء حق المجتمع فى تأديب الجناة وزجرهم بعقوبة لا تصل للحد الأقصى أو بإجراء تعزيرى وقائى.

(عوده) ٣٠٥ ـ *أثر النسيان على المسئولية* : النسيان هو عدم استحضار الشيء فى وقت الحاجة إليه، وقد قرنت الشريعة الإسلامية النسيان بالخطإ فى قوله ﷻ: ﴿ربنا لا تؤاخذنا إن نّسينا أو أخطأنا﴾[البقرة:٢٨٦]. وفى قول الرسول: "رفع عن أمتى الخطأ والنسيان"...

وقد اختلف الفقهاء فى حكم النسيان، فرأى البعض أن النسيان عذر عام فى العبادات والعقوبات، وأن القاعدة العامة فى الشريعة أن من فعل محظورا ناسيا فلا إثم عليه ولا عقاب. لكن الناسى إذا أعفى من المسئولية الجنائية فإنه لا يعفى من المسئولية المدنية؛ لأن الأموال والدماء معصومة والأعذار الشرعية لا تتنافى مع عصمة المحل[1]، وطبقا لهذا الرأى لا يعاقب الناسى إذا ارتكب فعلا محرما ما دام قد أتى الفعل وهو لا يذكر أنه محرم، ولكن النسيان لا يسقط الواجبات بل على الناسى إتيانها حين يذكرها أو يذكر بها، وإلا وجبت عليه العقوبة المقررة...

ويرى البعض أن النسيان عذر بالنسبة للمؤاخذة فى الآخرة؛ لأن العقوبة الأخروية تنبنى على القصد، ولا قصد للناسي. أما بالنسبة لأحكام الدنيا فلا يُعَدُّ النسيان عذرا معفيا من العقوبة الدنيوية إلا فيما يتعلق بحقوق الله ﷻ، فإنه يُعَدُّ عذرا فيها بشرط أن يكون هناك داع طبيعى للفعل، وألاّ يكون هناك ما يذكر الناسى بما نساه، ويضربون مثلا لذلك أكل الصائم ناسيا فإن طبع الإنسان يدعوه للأكل وليس هناك ما يذكره بالصوم. أما ما يتعلق بحقوق الأفراد، فالنسيان لا يُعَدُّ فيها عذرا بأى حال[2]...

وإذا كانت بعض الجرائم مما يمس حقوق الله كالزنا وشرب الخمر وما أشبه، إلا أنه يمكن القول بأن الجرائم التى يُعَدُّ النسيان فيها عذرا يندر وقوعها؛ لأن نسيان الفعل المحرم نادر فى ذاته؛ ولأن الجريمة التى تنسى يجب أن يندفع إليها الناسى بدوافع طبيعية كما يجب ألاّ يكون هناك ما يذكره بالتحريم. ويمكننا أن نتصور من أسلم حديثا يعطش فيشرب الخمر ناسيا، ومن طلق امرأته طلاقا بائنا يأتيها وهى فى العدة ناسيا..

---

(١) إعلام الموقعين ج/٢ ص: ١٤٠، المستصفى للغزالى ج/١ ص: ٨٤، الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى ج/١ ص: ٢١٧، الإحكام فى أصول الأحكام لابن حزم ج/٥ ص: ١٤٩ وما بعدها .

(٢) أصول الفقه للخضرى ص : ١١٩، مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى ص: ٣٧٤، الأشباه والنظائر ص/ ١٦٦ : ١٦٧ ..

﴿عوده﴾ وسواء أخذ بهذا الرأى أو بالرأى السابق، فإن ادعاء النسيان وحده لا يعفى من العقاب، وإنما يجب قبل كل شيء أن يثبت الجانى أنه ارتكب الجريمة ناسيا وهذا عمل من الصعوبة بمكان، ومن ثم كان مبحث النسيان فى الجرائم مبحثا قليل الأهمية، إذ يندر أن يستطيع شخص أن يثبت بدليل مقنع أنه ارتكب الجريمة ناسيا...

والنسيان عند أصحاب الرأى الأخير لا يسقط الواجبات أيضا، فالواجب يظل واجبا على الناسي، وعليه أن يفعله. كما أن النسيان يُعَدُّ شبهة تدرأ العقوبة كلما وجبت عقوبة الحد على الناسي، وإذا درئت عقوبة الحد حل محلها التعزير. فأثر النسيان على الجرائم طبقا للرأى الأخير قاصر على إعفاء الناسى من العقوبة فى بعض الأحوال ودرء عقوبة الحد عنه فى حالات أخرى...

305 – النسيان :

نـــرى أن نقف عند قياس النسيان على الخطإ بنص الآية الكريمة والحديث المشار إليه. لكن النسيان حالة تنتهى بمجرد التذكر، وعند ذلك يلتزم الفرد بجميع التكاليف الشـــرعية، وأداء حقوق الناس ... وهذا معنى قوله : إن النسيان لا يُعَدُّ عذرا فيما يتعلق بحقوق الأفراد، لأن صاحب الحق كفيل بتذكير المسئول بما نسيه أو تناساه ... بمجرد تمسكه بحقه فى التعويض.

ولكـــنا نذكـــر بأننا لا نوافق على ما يقال من أن العقوبة فى جرائم القصاص من حقوق الأفراد، بمعنى أن المجنى عليه أو ولى الدم يملك العفو عن الجريمة أو الجزاء؛ لأن التعزير يبقى واجبا فى تلك الحالة، والعفو المشروع مقصور أثره على إسقاط العقوبة المشددة وهى القصاص مع بقاء التعزير بحُسبانه الأصل.

المبحث السادس
أثر الرضا بالجريمة على المسئولية الجنائية

<عوده> ٣٠٦ـ *أثر الرضا على المسئولية الجنائية* : الأصل فى الشريعة الإسلامية أن رضاء المجنى عليه بالجريمة وإذنه فيها لا يبيح الجريمة ولا يؤثر على المسئولية الجنائية إلا إذا هدم الرضا ركنا من أركان الجريمة كالسرقة والغصب مثلا، فإن الركن الأساسى فى الجريمتين هو أخذ المال على غير رغبة المجنى عليه، فإذا رضى المجنى عليه بأخذ المال كان الفعل مباحا لا جريمة...

وهــذه القــاعدة العامــة تطبقها الشريعة بدقة على كل الجرائم ما عدا جرائم الاعــتداء على النفس وما دونها، أى جرائم القتل والجرح والضرب، وكان المنطق يقضى أن تطبق القاعدة على هذه الجرائم أيضا؛ لأن الرضا لا يهدم ركنا من أركان جريمة القتل أو الجرح أو الضرب، ولكن الذى منع من تطبيق هذه القاعدة هو وجود قــاعدة أخــرى خاصة بهذه الجرائم، وهى أن للمجنى عليه وأوليائه حق العفو عن العقوبة الأصلية فى الجناية على النفس وما دون النفس، فلهم أن يعفوا عن القصاص إلى الدية، ولهم أن يعفوا عن الدية والقصاص معا فلا يبقى بعد ذلك إلا تعزير الجانى إن رأى ذلك أولو الأمر، أى من لهم حق التشريع ...

وقد أدى وجود القاعدتين معا إلى اختلاف الفقهاء على المدى الذى تطبق فيه كل قــاعدة، كما جعل آراء الفقهاء فى القتل تختلف عن آرائهم فى القطع والجرح، ولهذا سنتكلم أولا عن الرضاء بالقتل، ثم نتكلم بعد ذلك عن الرضاء بالقطع والجرح ...

٣٠٧ـ *الرضـاء بالقــتل* : يرى أبو حنيفة وأصحابه أن الإذن بالقتل لا يبيح الفعل؛ لأن عصمة النفس لا تباح إلا بما نص عليه الشرع، والإذن بالقتل ليس منها، فكان الإذن عدمــا لا أثــر له على الفعل فيبقى الفعل محرما معاقبا عليه بِعَدِّه قتلا عمدا. لكــنهم اختلفوا فيما بينهم على العقوبة التى توقع على الجانى، فرأى أبو حنيفة وأبو يوســف ومحمد أن يدرءوا عقوبة القصاص عن الجانى وأن تكون العقوبة الدية على أســاس أن الإذن بالقــتل شــبهة، وأن الرسول يقول: "ادرءوا الحدود بالشبهات" والقصاص معدود حدا، فكل شبهة تقوم فى فعل مكون لجريمة عقوبتها القصاص يدرأ

〈عوده〉 بها الحد عن الجاني. ورأى نفر أن الإذن لا يصلح أن يكون شبهة، ومن ثم فهو لا يدرأ القصاص، فوجب أن يكون القصاص هو العقوبة[1]...

والرأى الراجح فى مذهب مالك أن الإذن بالقتل لا يبيح الفعل ولا يسقط العقوبة، ولو أبرأ المجنى عليه الجانى من دمه مقدما؛ لأنه أبرأه من حق لم يستحقه بعد، وعلى هذا يُعَدُّ الجانى قاتلا عمدا. وبعض أصحاب هذا الرأى يرى أن تكون العقوبة القصاص حيث لا يُعَدُّ الإذن شبهة، والبعض الآخر يَعُدُّ الإذن شبهة تدرأ القصاص ويوجب الدية بدلا من القصاص...

أما الرأى المرجوح فى مذهب مالك – وينسبه ابن عرفة لسحنون – فهو أن الإذن بالقتل لا يبيح الفعل، ولكنه يسقط عقوبتى القصاص والدية معا، وإن كان لا يمنع من التعزير. ولكن الرأى المعروف عن سحنون فى العتبية[2] أنه يدرأ القصاص عن الجانى للشبهة ويوجب الدية[3]...

وفى مذهب الشافعى رأيان، أولهما: أن الإذن فى القتل يسقط عقوبتى القصاص والدية ولا يبيح الفعل، وثانيهما: أن الإذن فى القتل لا يبيح الفعل ولا يسقط العقوبة، وبعض أصحاب هذا الرأى يرى فى الإذن شبهة تدرأ القصاص وتوجب الدية، وبعضهم الآخر يوجب القصاص ولا يرى فى الإذن شبهة[4] ...

ويرى أحمد وأصحابه أن الإذن فى القتل يسقط العقوبة عن الجاني؛ لأن من حق المجنى عليه العفو عن العقوبة، والإذن بالقتل يساوى العفو عن عقوبة القتل[5]. وهذا التعليل هو نفس ما يقول به أصحاب الرأى الأول فى مذهب الشافعى ...

٣٠٨ـ *الرضاء بالجرح والقطع* : يرى أبو حنيفة وأصحابه أن الإذن بالقطع والجرح يترتب عليه منع العقوبة؛ لأن الأطراف عندهم يسلك بها مسلك الأموال، وعصمة المال تثبت حقا لصاحبه، فكانت العقوبة على القطع والجرح محتملة السقوط بالإباحة والإذن.

---

(١) بدائع الصنائع ج/٧ ص : ٢٣٦ ...

(٢) اسم كتاب فى فقه مذهب مالك ...

(٣) مواهب الجليل للحطاب ج/٦ ص ٢٣٥ : ٢٣٦ ، الشرح الكبير للدردير ج/٤ ص:٢١٣ ...

(٤) نهاية المحتاج الجزء السابع ص : ٤٢٨ ...

(٥) الإقناع ج/٤ ص : ١٧١ ...

﴿عوده﴾ ولكـــنهم اختلفوا فيما إذا أدى الجرح أو القطع للموت. فأبو حنيفة يرى الفعل قـــتلا عمـــدا؛ لأن الإذن كان عن الجرح أو القطع، فلما مات تبين أن الفعل وقع قتلا لا جـــرحا ولا قطعـــا، ومن ثم فعليه عقوبة القتل العمد. ولما كان الإذن يُعَدُّ شبهة تدرأ القصـــاص فيتعين أن تكون العقوبة الدية. أما أبو يوسف ومحمد، فمن رأيهما أنه إذا أدى الجرح أو القطع للموت فلا شيء على الجانى إلا التعزير؛ لأن العفو عن الجرح أو القطع عفو عما تولد منه وهو القتل[1]...

ومذهـــب مالك على أن الإذن بالقطع أو الجرح لا عبرة به، إلا إذا استمر المجنى عليه مـــبرئا له بعـــد الجرح أو القطع، فإن لم يبرئ المجنى عليه الجانى بعد الجرح أو القطع فقد وجـــبت العقوبة المقررة وهى القصاص أو الدية إذا امتنع القصاص لسبب شرعي. أما إذا اســـتمر المجنى عليه مبرئا للجاني، فإن العقوبة المقررة أصلا وهى القصاص والدية تسقط ويحل محلها التعزير، هذا إذا لم يؤد الجرح أو القطع للموت، فإذا أدى إليه عُدّ الجانى قاتلا عمدا ووجبت عقوبة القتل العمد[2] ...

والإذن بالجرح والقطع يسقط العقاب فى مذهب الشافعى ما لم تر الجماعة عقابه تعزيـــرا. فإذا أدى الجرح أو القطع إلى الموت، فمن فقهاء المذهب من يرى مسئولية الجانى عن القتل العمد ولكنه يدرأ القصاص لشبهة الإذن، فتكون الدية هى العقوبة. ومن فقهاء المذهب من يرى امتناع العقاب ؛ لأن الموت تولد عن فعل مأذون فيه[3]، والإذن يسقط العقوبة...

والإذن بالجـــرح والقطـــع عند أحمد كالإذن بالقتل مسقط للعقوبة، وإن كان الإذن لا يبيح الفعل؛ لأن للمجنى عليه الحق فى إسقاط العقوبة، وقد أسقطها بإذنه[4].

٣٠٩ ـ *أســـباب الخـــلاف بين الفقهاء فى الإذن بالقتل والجرح* : أساس الاختلاف فى هذه المسألة أن للمجنى عليه وأوليائه العفو عن العقوبة فى القتل والجرح، والعقوبة أصلا هى القصاص، فإذا امتنع لسبب شرعى حلت محله الدية، وللمجنى عليه وأوليائه

---

(١) بدائع الصنائع ج/٧ ص ٢٣٦ ، ٢٣٧ ...

(٢) الشرح الكبير للدردير ج/٤ ص : ٢١٣ ...

(٣) نهاية المحتاج ج/٧ ص ٢٤٨ : ٢٩٦، تحفة المحتاج ج/٤ ص/ ٣٠، ٣١ ...

(٤) الإقناع ج/٤ ص : ٣٧١

﴿عوده﴾ أن يعفــوا عن القصاص إلى الدية، وأن يعفوا عن الدية والقصاص معا، فإذا عفــوا سقطت العقوبة المقررة للقتل أو الجرح ولم يبق إلا عقوبة التعزير إن رأى ولاة الأمور تقريرها فى حالة العفو ...

وعــلى هذا الأساس قام اختلافهم فى القتل. فمن قال : بأن الإذن يمنع من العقاب عَــدَّ الإذن عفــوا مقدما ورتب عليه سقوط العقوبة، ومن قال بأن الإذن لا يمنع من العقــاب رأى أن الإذن لا يُعَدُّ عفوا؛ لأن العفو عن القتل يستدعى وجود القتل، فإذا جــاء العفو قبل القتل فهو عفو غير صحيح؛ لأنه لم يصادف محله، ومعنى ذلك أن حق المجنى عليه فى العفو لا ينشأ إلا بعد وقوع الجريمة، فإذا عفا قبل وقوعها فقد وقع عفوه لغوا؛ لأن حقه لم يكن نشأ بعد حتى يعفو عنه. ومن جعل العقوبة الدية عَدَّ الإذن شبهة تدرأ الحد أى القصاص، ومن قال بالقصاص لم يجعل الإذن شبهة دارئة للقصاص.

أما فى حالة الجرح الذى لم يؤد لموت المجنى عليه، فمن قال بإسقاط العقوبة عَدَّ الإذن بالجرح أو القطع عفوا مقدما، وعَدَّه عفوا صحيحا؛ لأنه استمر حتى تم إحداث الجرح أو القطــع. ومــن قال بعدم سقوط العقوبة عَدَّ الإذن السابق باطلا؛ لأنه لم يصادف محله، واشترط لإسقاط العقاب أن يبرئ المجنى عليه الجانى بعد الجرح أو القطع..

ومــن أسقط العقاب فى الجرح المؤدى للموت عَدَّ الموت متولدا عن الجرح، وهو مأذون فيه وما تولد عن معفو عنه أخذ حكمه. ومن رأى العقاب عَدَّ الإذن عن جرح لا عــن قتل، فإذا ظهر أن الفعل قتل فهو غير مأذون فيه، لكنه مع ذلك عَدَّ الإذن الباطل شبهة تدرأ القصاص...

306 - 309 - رضاء المجنى عليه فى جريمة القتل وقطع الأعضاء خاصة:

فى بعـــض الجرائم يكون عدم رضاء المجنى عليه شرطا لتوافر أركانها، وخاصة جرائم الأمـــوال - لأن صاحبها له حق التصرف فيها - وفى هذه الجرائم (كالسرقة والنصب وخيانة الأمانة) يكون رضاء المجنى عليه سببا فى عدم توافر أركان الجريمة؛ فلا مسئولية.

والخلاف فى جرائم النفس، لأن الإنسان لا يملك التصرف فى حياته؛ وبالتالى فإنه فى حالـــة القـــتل برضـــاء المجنى عليه، يذهب الرأى الراجح إلى توافر أركان الجريمة ومسئولية الجانى، لكن الخلاف يثور حول الجزاء الذى يوقع فى هذه الحالة.

ونحن نرجح الرأى الذى يقول بعدم توقيع عقوبة القصاص، لأن رضاء المجنى عليه يُعَـــدُّ شـــبهة تحول دون توقيع عقوبة حدية - والقصاص عقوبة حدية - لكن يبقى الـــتعزير واجبا وجائزا، ونحن نعلم مرونة التشريع فيما يخص التعازير، وهذا يسمح بمـــراعاة ظـــروف كل جريمة وكل متهم. وهذه المرونة تسمح لنا بأن نراعى ظروف المجنى عليه التى جعلته يرضى بالقتل ..

وقـــد أصبح هذا النوع من الجرائم محل جدال كبير فى عصرنا الحاضر فى النظم الوضـــعية، وخصوصـــا فى حالة يأس المريض من العلاج وطلبه من أهله أو طبيبه أن يريحه من آلام المرض الطويل الذى لا أمل له فى الشفاء منه.

* * *

قد يدهش البعض مما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة من أن الأعضاء يسلك بها مسلك الأموال، لكنهم يكتشفون الآن أن بيع الأعضاء فى عصرنا الحاضر أصبح أمرا عاديا - وكذلـــك التبرع بها -فكثير من الآباء أو الأمهات أو الأقارب أو المتبرعين يأذنون بنقل الكلى أو أى عضو من أعضاء جسمهم يمكن نقله لأبنائهم أو غيرهم، بل ويفعل ذلـــك الـــبعض مقابل مال يحتاج إليه.. ولذلك فإن هذا الرأى يفتح لنا آفاقا واسعة لمواجهـــة هـــذه القضـــايا فى المستقبل. ونحن نشكر للإمام أبى حنيفة أنه سبق جميع النظريات الحديثة إلى هذا المبدإ منذ قرون طويلة وعديدة.

على العموم، هناك أمر مؤكد سواء فى حالة الرضا بالقتل أو قطع الأعضاء - وهو أنه لا يمكن توقيع عقوبة القصاص - لأن الرضا شبهة تسقط الحدود، والقصاص منها.

رضاء المجنى عليه فى جريمة القتل شبهة تسقط القصاص:

بقى الخلاف فى جواز التعزير. ومع ذلك فإن مرونة الجزاءات التعزيرية تجعل فرضها يتسع للتدابير التهذيبية والعبادات التى لا تصل إلى حد العقوبة الجنائية. ولذلك فإن الأمر متروك للقضاء والفقه ليراعى ظروف كل حادث وكل شخص، سواء كان جانيا أو مجنيا عليه وبذلك يحق لنا أن نفخر بما اتسم به فقهنا وشريعتنا من مرونة تسمح لنا بمواجهة المشكلات المستحدثة بأحكام متنوعة حسب ظروف كل حالة ...

〈عوده〉 ٣١٠ـ *بين الشريعة والقانون* : القاعدة العامة فى القوانين أن رضاء المجنى عليه بالجريمة لا يبيح القتل ولا يرفع العقاب، إلا إذا كان الرضاء يعدم ركنا من أركان الجريمة. وفى هذا تتفق القوانين مع الشريعة، إلا أن القوانين الوضعية تجعل عدم الرضاء ركنا فى بعض الجرائم التى لا يغير الرضاء من طبيعتها شيئا، كالزنا فإن الرضاء به لا يغير من طبيعة الجريمة، ولا يحيل الفعل من عمل مناف للأخلاق خارج على المألوف، إلى عمل متفق مع الأخلاق والعادات المألوفة. ومثل ذلك اللواط، وهتك العرض. وهذا لا يتفق مع مبادئ الشريعة. كما أنه خروج من القوانين على القاعدة العامة التى ذكرناها، إذ المفروض فى الرضاء أن يؤثر على أركان الجريمة الطبيعية كما هو الحال فى السرقة، إذ إن الرضاء يعدم الجريمة. أما الرضاء فى الزنا، فلا أثر له إطلاقا، والفعل فى حالة الرضاء وعدمه زنا لا شك فيه فى لسان العرف والعادات والأخلاق وآداب الجماعة ...

ويلاحظ أن رضاء المجنى عليه بالجرح والقطع والقتل فى الشريعة الإسلامية لا أثر له على تكوين الجريمة، وإنما أثره قاصر على إسقاط العقوبة، لا لأن المجنى عليه أو أولياءه رضوا بالجريمة، وإنما لأن من حقهم العفو عن العقوبة ...

والشريعة حين تقرر للمجنى عليه ووليه حق العفو فى الجرائم التى ذكرناها لا تأتى بمبدإ غريب على القوانين، فقد عرفت القوانين الوضعية مبدأ منح المجنى عليه حق العفو عن العقوبة، وطبقته فى الجرائم التى تمس العرض. فالقانون المصرى مثلا يعطى للزوج حق العفو عن عقاب زوجته الزانية، فإذا عفا سقطت عنها العقوبة، ولو كان قد حكم بها وبدئ فى تنفيذها. على أن هناك فرقا بين الشريعة والقوانين فى هذه المسألة، فالشريعة إذا أعطت للمجنى عليه أو وليه حق العفو عن العقوبة، فإنما أعطته حق العفو عن العقوبة الأصلية فقط، وهى القصاص أو الدية، ولم ترتب على عفوه سقوط حق الجماعة فى العقاب بصفة مطلقة، بل تركت للجماعة أن تعاقب الجانى إذا شاءت بعقوبة أقل شدة من العقوبة الأصلية. فالعفو فى جرائم القتل والجرح يؤدى إلى إسقاط حق المجنى عليه فى التعويض، وإلى استبدال عقوبة مخففة بعقوبة مغلظة، ولكنه لا يؤدى إلى إسقاط العقاب كلية، بينما العفو عن الزوجة الزانية طبقا للقانون المصرى يمنع من عقابها بأى عقوبة أخرى. ومعنى ذلك : أن حق العفو الذى منحته الشريعة للمجنى عليه مقيد بمصلحة الجماعة، بينما حق العفو الذى تمنحه القوانين للمجنى عليه غير مقيد بقيد ما ...

〈عوده〉 وإذا كانت القوانين الوضعية لا تعطى المجنى عليه أو وليه حق العفو فى جرائم القتل والجرح والضرب، فإن عفو المجنى عليه أو وليه يؤدى عملا إلى مثل ما أدت إليه نظرية الشريعة فى هذه المسألة، إذ إن القوانين الوضعية تجعل للقتل، والجرح عادة عقوبتين، وتترك للقاضى أن يختار إحداهما، كما أنها تترك للقاضى أن يستبدل بالعقوبات الأصلية عقوبات أخف منها إذا اقتضت ظروف الجانى والجناية هذا التخفيف. ولا شك فى أن عفو المجنى عليه وأوليائه من أهم الظروف التى تدعو إلى تخفيف العقوبة على الجاني، كما أن العفو يؤدى بطبيعته إلى إسقاط التعويض المدني، وبهذا ينتهى العفو فى دائرة القوانين من الوجهة العملية، إلى مثل النتائج التى يؤدى إليها العفو فى الشريعة الإسلامية.على أن بعض القوانين الوضعية كالقانون الألماني تجعل لرضاء المجنى عليه فى حالة القتل والشروع فيه أثرا على العقوبة، وتفرق بين هذه الحالة وحالة القتل العمد بدون رضاء المجنى عليه، وتجعل القتل برضاء المجنى عليه جريمة من نوع خاص، وتعاقب عليها بعقوبة تقل عن عقوبة القتل العمد. وما هذه المبادئ القانونية إلا تطبيق لنظرية الشريعة الإسلامية ...

وتمتاز نظرية الشريعة بأن فيها أسهل الحلول للمعضلة التى تواجه المحاكم وشراح القانون اليوم، وهى قتل المريض الميئوس منه لتخليصه من آلامه ...

٣١١ـ *الانتحار والمسئولية الجنائية* : تحرم الشريعة الإسلامية الانتحار، كما تحرم القتل. وقد جاء التحريم فى القرآن، كما جاءت به السنَّة، فالله ﷻ يقول: ﴿ولا تقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق﴾ [الإسراء:٣٣]. والانتحار قتل نفس. ويقول ﷻ : ﴿ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما﴾ [النساء:٢٩]. ويقول الرسول ﷺ: "من قتل نفسه بحديدة فحديدته فى يده يجأ بها فى بطنه فى نار جهنم خالدا مخلدا فيها أبدا، ومن قتل نفسه بسم فسمه فى يده يتحساه فى نار جهنم خالدا مخلدا فيها أبدا، ومن تردى من جبل فقتل نفسه فهو مترد فى نار جهنم خالدا مخلدا فيها أبدا". والانتحار قد يكون عمدا، وقد يكون خطأ، وكلاهما محرم ...

وإذا نجحت عملية الانتحار ومات المنتحر فلا عقوبة عليه؛ لأن العقوبة تسقط بالموت، ولكن الفقهاء اختلفوا فى الكفارة. فرأى مالك وأبو حنيفة أن لا كفارة فى قتل النفس مطلقا، ويظاهرهما على هذا الرأى (قول) فى مذهب أحمد... أما الشافعى فيرى أن من قتل نفسه عمدا أو خطأ وجبت الكفارة فى ماله. ويرى بعض الفقهاء فى

﴿عوده﴾ مذهـــب أحمد ما يراه الشافعي من وجوب الكفارة فى قتل النفس، ولكنهم لا يوجـــبون الكفارة إلا فى مال من قتل نفسه خطأ[1]. والكفارة عقوبة تعبدية يقصد منها مصلحة الجاني نفسه، فمن أوجبها فى مال المنتحر فقد راعى هذه الناحية...

ويـــترتب عـــلى تحـــريم الانتحار أن يعاقب شريك المنتحر، سواء كان الاشتراك بالـــتحريض أو الاتفاق، أو العون ... وإذا لم يمت من حاول الانتحار، عوقب على محاولـــته الانـــتحار، وعوقب معه شركاؤه فى الجريمة، وعقوبة الجميع هى التعزير... وطريقة الشريعة فى تحريمها الانتحار والعقاب على الاشتراك فيه والشروع فيه، تتفق مع ما يأخذ به الكثير من القوانين الوضعية الحديثة، كالقانون الإنجليزي، والسوداني والإيطـــالى وغيرها. أما القانون المصري، والقانون الفرنسي، فلا يُعَدُّ الانتحار فيهما جريمة، وكذلك لا يُعَدُّ الاشتراك فى الانتحار...

٣١٢ـ **إصـابة الشـخص نفسـه** : وتحـــرم الشريعة على الإنسان أن يصيب نفسه بـــأذى عمدا أو خطأ. فليس له أن يجرح نفسه أو يقطع طرفه أو غير ذلك، فإن فعل عوقب على ذلك بعقوبة تعزيرية. وإذا كان من المحرم أن يصيب الإنسان نفسه، فإن من المحرم على غيره أن يشترك معه فى تلك الجريمة...

وتـــتفق الشريعة فى هذا مع كثير من القوانين الوضعية، وإن كانت بعض القوانين كالقانون المصرى تجعل التحريم مقصورا على أشخاص معينين، وفى حالات معينة...

---

(١) أسنى المطالب ج/٤ ص: ٩٥، نهاية المحتاج ج/٧ ص ٣٦٥: ٣٦٦، المغنى ج / ١٠ ص ٣٨: ٣٩، بدائع الصنائع ج /٧ ص: ٢٥٢، شرح الدردير ج / ٤ ص: ٢٥٤، مواهب الجليل ج / ٦ ص:٢٦٨.

❁ 310 – 312 – الرضا والعفو والانتحار :

نذكّـــر بما قلناه من قبل من أن التعزير هو العقوبة الأصلية فى جميع الجرائم، وأن القصاص أو الدية إنما تكونان جائزتين عند توافر ظرف مشدد معين حدده الشارع؛ والظرف المشدد فى نظرنا فى هذا النوع من الجرائم هو إصرار المجنى عليه أو ولى الدم عـــلى تنفيذ تلك العقوبة القصوى. ويعبر عن ذلك بأن لهم حق "العفو" عنها. لذلك فـــإن الرضا السابق بالفعل الماس بسلامة الجسم أو حياة الشخص كان لا بد أن يُعَدَّ أثـــره ممـــاثلا لـــلعفو اللاحق، بل يرى البعض أن أثره أقوى. ومع ذلك، فإن حياة الإنسان وسلامة بدنه لها فى شريعتنا حصانة خاصة، ولذلك لا يمكن أن يكون الرضا مبيحا للفعل. كل ما هنالك أن الراجح هو أنه يكون شبهة تسقط الحد، أى القصاص والدية فى هذه الحالة. لكن يبقى التعزير، وبابه مفتوح دائما لأنه مقرر لمصالح الجماعة لا لصالح المجنى عليه، وقد يكفى فيه بعض التدابير الوقائية أو الجزاءات التربوية التى لا يصـــح اعتـــبارها عقوبة جنائية فى نظرنا؛ رغم أنها تدخل ضمن نطاق "التعزير"، كالكفارات أو إطعام المساكين ... وما إليها.

وقـــد أشـــار إلى مـــا وصلت إليه بعض التشريعات "الوضعية" من إباحة العلاقات الجنســـية دون قيـــد فى حالة الرضا، وأن ذلك يتعارض مع المبدإ الشرعى الذى يحرم العلاقـــات الجنسية خارج نطاق الزواج الشرعى سواء تمت بالرضا أو بغير الرضا، مع ملاحظة ضرورة تغليظ العقوبة فى حالة الاغتصاب، وفى حالة العلانية الاستفزازية التى تُعَدّ فى نظرنا ظرفا مشددا. ونحن نعارض الذين يسوِّغون التسيب الجنسى ويصفونه بأنه حرية شخصية أو ديمقراطية، لأنهم يتجاهلون حق الجماعة فى حماية الأسرة وجعلها نواة المجتمع الإنسانى القويم الذى يميز البشر عن الحيوانات..

* * *

المـــبدأ الأساسى فى شريعتنا هو تحريم الانتحار، ويترتب عليه معاقبة المنتحر ذاته على الشروع، ومعاقبة الشريك كذلك، لكن العقوبة تعزيرية.

والمبدأ هو أن يعاقب الشخص إذا أصاب نفسه عمدا. ونلفت النظر إلى أن الحكم هنا لا يقاس على الرضا بالقطع لصالح الغير، كما ذهب بعض فقهائنا والفقه العصرى أيضا وأشرنا إليه فى تعليقنا على البند (307) فيما سبق، والعقوبة تعزيرية، ولكنها فى نظرنا فى

❁ إذا كنا نرفض وصف إصابة الغير خطأ بأنه جريمة، فهذا من باب أولى إذا أصاب نفسه بطريق الخطإ:

حالة العمد فقط. أما الإصابة بالخطإ؛ فلا نرى أن يعاقب عليها – لأننا سبق أن قلنا إن إيذاء الغير بطريق الخطإ وإن كان يستوجب التعزير إلا أن التعزير فى هذه الحالة ليس من الضرورى أن نَعُدّه "عقوبة جنائية" بل إنه مجرد إجراء تربوى أو تهذيبى أو وقائى. ولا عقوبة إذا أصاب نفسه خطئا من باب أولى، ويكفيه ما لحق به من ألم ...

〈عوده〉 ٣١٣ـ *المبارزة والمسئولية الجنائية*: المبارزة قتال بين شخصين، قد يكون متفقا عـــليه من قبل، وقد ينشب دون سابقة اتفاق. وقد يحرص كل من المتبارزين على قتل صاحبه، وقد ينوى أن يجرحه حتى يعجزه عن المبارزة. ولا يشترط فى المبارزة أن تكون بســـلاح معـــين، فيصـــح أن تكون بالسيوف أو الخناجر، ويصح أن تكون بالأسلحة الـــنارية، ويصـــح أن تكون بالعصى، ويصح أن تكون بالأيدى. والمهم فى المبارزة أن يحـــرص كل على قتل صاحبه أو جرحه أو إيذائه؛ فإن كانت المبارزة مقصودا بها مجرد إظهار المهارة والتفوق، ولم يقصد بها الإيذاء فهى نوع من ألعاب الفروسية التى تبيحها الشـــريعة، وسنتكلم عليها فيما بعد. أما المبارزة المقصود بها الإيذاء أو الجرح أو القتل فهى محرمة شرعا؛ لأنها ليست إلا قتلا أو جرحا أو إيذاء، وهذه أفعال تحرمها الشريعة تحريما قاطعا. فمن تبارز مع آخر فقتله، فهو قاتل متعمد إذا تعمد قتله، وإذا جرحه وهو يقصـــد قتله فأدى الجرح لموته، فهو قاتل متعمد. أما إذا جرحه بقصد تعطيله فقط ولم يقصد قتله، فهو جارح عمدا، فإن أدى الجرح لموته فهو قاتل شبه متعمد ...

ولا تبيح الشريعة المبارزة لإيذاء الخصم إلا فى الحرب، ففى الحرب تجوز المبارزة مع المحـــارب، ويـــباح قتله، وجرحه، وإيذاؤه؛ لأن دمه مهدر. كذلك تجوز مبارزة الباغى وقت الحرب ولو أنه مسلم؛ لأن البغاة تهدر دماؤهم وقت الحرب. ولقد دُعى الرسول ﷺ يوم أحد للبراز فأجاب، وأذن لأصحابه فى البراز يوم بدر، ويوم الخندق. والفقهاء يبيحون البراز سواء دعا إليه المقاتل ابتداء أو كان إجابة لدعوة غيره، ولكن أبا حنيفة، لا يـــبيح لـــلمقاتل أن يدعو للبراز مبتدئا؛ لأن ذلك تطاول وبغى فى رأيه، بينما بقية الفقهاء يرون الدعوة للبراز ابتداء نوعا من إظهار القوة وإرهاب العدو[1]...

ويجب أن نفرق فى المبارزة المحرمة بين حالتين، الأولى : ما إذا أحل كل من المتبارزين زميله من دمه، وفى هذه الحالة تطبق القواعد الخاصة برضاء المجنى عليه بالقتل والجرح، وقد سبق أن بينا هذه القواعد.

الثانية: إذا لم يحل أحد المتبارزين الآخر من دمه، وفى هذه الحالة تطبق على القاتل أو الجـــارح النصوص الخاصة بالقتل والجرح، ولا يكون لاتفاق المتبارزين على المبارزة أثر على العقوبة الواجبة؛ لأن الاتفاق على المبارزة ليس معناه الرضاء بالقتل والجرح...

---

(١) الأحكـــام السلطانية ص : ٣١ وما بعدها، مواهب الجليل للحطاب الجزء الثالث ص : ٣٥٩، أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٩٢، المغنى الجزء العاشر ص : ٣٩٤ وما بعدها...

عوده فالمــبارزة فى الشريعة تخضع للنصوص العامة التى تحرم القتل والجرح ؛ لأن المبارزة تؤدى للقتل والجرح. وهناك نصوص يمكن أن يستدل بها على تحريم المبارزة، ومــن ذلك ما رواه أبو بكر، حيث يقول: قال رسول الله ﷺ : "ذا التقى المسلمان بســيفيهما فالقــاتل والمقــتول فى النار". فقلت: يا رسول الله هذا القاتل، فما بال المقتول؟ قال: "إنه كان حريصا على قتل صاحبه". ومن ذلك قوله ﷺ : "باب المسلم فســوق، وقتاله كفر". ولكننا لسنا فى حاجة لهذه النصوص الخاصة لتحريم المبارزة؛ لأن النصوص العامة التى حرمت القتل والجرح كفيلة بهذا التحريم

وإذا أدت المــبارزة إلى قــتل أحد المتبارزين أو جرحه، فإن القتل والجرح ينسب لفاعله فقط، ولا ينسب للمتبارزين معا. ولا يُعَدُّ اتفاقهما على المبارزة ونشوء القتل والجــرح عــن التقائهما اشتراكا منهما فى القتل أو الجرح قياسا على التصادم؛ لأن القــتل أو الجرح الناشئ عن التصادم مترتب على فعل المتصادمين معا، وعلى القوة الناشــئة مــن اصطدامهما. أما القتل أو الجرح فى حالة البراز فناشئ عن فعل أحد المتــبارزين وقوتــه، ولا أثــر لفعــل الآخر وقوته فى إحداث القتل أو الجرح. فإذا تصادمت سيارتان ونشأ عن اصطدامهما قتل شخص أو جرحه، فإن القوة التى أدت للقتل أو الجرح ترجع إلى قوة اندفاع السيارتين معا والتقاء هاتين القوتين، ولو لم تلتق هاتــان القوتان لما حدث القتل أو الجرح. أما فى المبارزة، فقدرة كل مبارز وقوته هى الــتى ينشــأ عــنها فعله؛ فإذا ضرب أحدهما الآخر فجرحه أو أطلق عليه رصاصة فأصابته، فليس لقوة المصاب أو عمله دخل فى إصابته(1)...

وتــتفق نظرية الشريعة الإسلامية فى المبارزة مع أغلب القوانين الوضعية الحديثة، فإنها تحرم المبارزة وتعاقب عليها بِعَدِّ ما يحدث عنها قتلا أو جرحا أو إيذاء، ومن هذه القوانــين القــانون المصرى والقانون الفرنسي. وهناك قوانين أخرى تحرم المبارزة، ولكــنها تعــاقب عــلى ما ينشأ عنها بعقوبات خاصة، بدلا من تطبيق عقوبة القتل والجرح، ومن هذه القوانين القانون الإيطالى والقانون البولندي(2)...

---

(1) راجع كتاب القصاص لأحمد محمد إبراهيم ص/ ١١٣ وما بعدها، فإنه يعطى المبارز حكم الاصطدام، وهو رأى غير منطقي، كما أنه يؤدى إلى حسبان كل تشاجر أو اعتداء فى حكم الاصطدام كلما وقف المجنى عليه موقف المدافع أو المقاوم ....

(2) شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والسعيد مصطفى ص : ٤٦١ ....

313 – الفداء والاستشهاد ليس انتحارا ولا إرهابا :

يهمنا ما قرره من أن شريعتنا لا تجيز المبارزة إلا فى الحرب. أما ما جرى عليه العرف فى أوربا من مبارزة لأسباب شخصية بحتة، فلا وجود له فى مجتمعنا ولا تقره شريعتنا، وتطبق القواعد العامة على كل ما يقع خلالها من أفعال تُعَدُّ جرائم قتل أو جرح – ويعاقب كل من يحدث بالآخر جرحا أو قتلا بعقوبة الجريمة التى توافرت شروطها.

* * *

وهذا يجرنا إلى ما يثار فى عصرنا من خلافات حول حكم العمل الفدائى الاستشهادى ضد أعداء الإسلام وأمته وشعوبه. وهذا الوصف لا تعترف به كثير من الدول ولا الحكومات ولا من يؤيدونهم من الكتَّاب فى عصرنا، ويقاومه أعداؤنا الذين يصفونها بأنها عمليات "انتحارية"، ويمالئهم بعض الكتاب فى وسائل الإعلام حتى إن بعضهم يدعو لتطبيق مبدإ تحريم الانتحار عليها لوقف انتشارها الذى يهدد مجتمعات الأعداء. ولكن بعض الجماعات أو الحركات التى رفعت شعار الجهاد تجند من الشباب من يحيون مبدأ الجهاد فى سبيل الله، دفاعا عن أرض الإسلام وأمته وشرفه. وفى عهود الغزو والاحتلال الأجنبى، كان الجميع يهبون لمقاومة الاستعمار ويَعُدُّون مواجهته بكل الوسائل جهادا ومن يضحى بنفسه فيه شهيدا؛ والجهاد ماض إلى يوم القيامة.

وفى العصر الأخير، قامت حركات الجهاد الشعبى التى تقاوم "العدو" الذى يحتل بعض بلادنا، ويضحى شبابها بأنفسهم فى هذا المجال، بجميع أعمال الفداء – وكان الجميع يشيدون بذلك دائما ويَعُدُّونهم أبطالا وشهداء.

ومنذ أن قبلت بعض الحكومات شروط العدو؛ ظهر أن من بين تلك الشروط مقاومة حركات الجهاد الإسلامى وأعمال الفداء ضد العدو، بحجة وصفها بأنها إرهاب. وتمهيدا لذلك يصفون الفدائيين الذين يقومون بتلك الأعمال الفدائية بأنهم انتحاريون، وهذا ليس وجهة نظر شريعتنا وفقهنا.

إن من يقولون بذلك يرد عليهم دعاة الجهاد الشعبى بأن الجهاد الشعبى يُعَدُّ فى فقهنا واجبا فرديا شرعا ضد عدو يحتل أرض الإسلام ويذل أهله ويصادر حرياتهم ويحرمهم من حقوقهم .. وأن الدول والحكومات مهما تكن ظروفها وسياستها لا تلتزم بمنع الأفراد من القيام بواجب الجهاد الذى فرضته شريعتنا، وأن الاستشهاد أداء لهذا الواجب الفردى فى الجهاد فى سبيل الله ..

۞ الجهاد ضد من يحتل بلاد المسلمين واجب عين فردى على كل مسلم لا يشترط لأدائه إذن من أى سلطة أو دولة :

* * *

إن فقهنا يقرر أن شريعتنا لا تبيح إيذاء الخصم إلا فى الحرب، والحرب التى تقرها شريعتنا هى الحرب العادلة، أى الجهاد فى سبيل نصرة الإسلام والمسلمين. والجهاد واجب شرعى على كل مسلم إذا هاجم "العدو" دار الإسلام أو اعتدى على أهلها. واستقر الفقه على أن كل مسلم يجب عليه شرعا أن يسارع لقتال هذا المعتدى، حتى قالوا إن المرأة تخرج للجهاد دون إذن زوجها، والابن يخرج دون استئذان والده؛ ومن باب أولى لا يجوز أن نلزمه باستئذان غيرهم. ومعنى ذلك أن الجهاد واجب فردى لا يتوقف على قرار الحكومات والدول أو الأمراء والرؤساء، وأنه لا شأن للدول ولا الحكومات بهذا الجهاد الفردى، وهى تتحمل مسئولية هذا الفداء ولا تتدخل فيه ولا تلتزم شرعا بأن تقاومه أو بأن تعاقب عليه إرضاء للعدو؛ لأن ما تلتزم به إزاء العدو هو ما يدخل فى نطاق سلطتها. وشريعتنا لا تلزمها بحرمان الأفراد من أداء فريضة شرعية وهى الجهاد عن طريق الفداء والاستشهاد.

ومن حسن الحظ أن هذا الرأى قد أعلنه شيخ الأزهر – الدكتور محمد سيد طنطاوى – فى تصريح له بإحدى الصحف اليومية[1]، حيث وصف ما يسمى بالعمليات الانتحارية بأنها دفاع شرعى ضد عدو يعتدى عليهم ولا يرحم شيخا ولا طفلا ولا امرأة. وأضاف قوله صراحة: "أقول لإخواننا المجاهدين دافعوا عن أنفسكم وحقوقكم وأرضكم وعرضكم ومقدساتكم".

وقد علقت على هذا التصريح فى مقال مطول قلت فيه ما يلى:[2]

"الأصل فى القانون الدولى أن أعمال القتال توجه فقط للمقاتلين فى صفوف العدو ولا يجوز أن توجه للمدنيين، ولكن هذه القاعدة تحمى المدنيين فى الجانبين .

---

(1) جريدة الحياة بتاريخ ١٩٩٧/٨/٤م الموافق 4 من ربيع الثانى عام 1418هـ.

(2) منشور بمجلة المجتمع العدد 1263 بتاريخ 1997/8/19م .

❁ رأى شيخ الأزهر ومبدأ المعاملة بالمثل فى حالة الحرب أو الجهاد:

وفى قوانـين الحـرب أصـل مهم يجب ألا نهمله وهو المعاملة بالمثل، أى استعمال أسـاليب الحـرب الـتى تماثل أو تقابل ما يرتكبه العدو ولو كان فى ذلك خروج عن المـبادئ العامة بصفة استثنائية مؤقتة، ليعلم المعتدى أن الشذوذ سيقابله مثله. والقرآن الكريم يقول ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ [البقرة:194].

وتطبيقا لهذا المبدإ، فإن العدو إذا كان يعتدى على المدنيين فإن هذا يجيز للمجاهدين أن يعامـلوه بالمثل. ويكونون فى حالة دفاع شرعى. وما دام العدو مستمرا فى العدوان عـلى المدنيين ويطاردهم ويهدم منازلهم ومدنهم وقراهم حتى يضطروا لمغادرة وطنهم، فإن هذا العدوان يوجب على كل مسلم أن يقاومه ولو اقتضى ذلك إهدار دماء هؤلاء المعتدين ومن يساندهم من المدنيين ويؤيدهم ويمدهم بالسلاح والحماية.

إن شـريعتنا لا تجيز الانتحار (الذى تجيزه القوانين الوضعية) لكن الفدائيين المدافعين عن شعبهم ووطنهم هم مقاتلون مضطرون لكى يلقوا بأنفسهم للهلاك طلبا للشهادة من أجـل ضرب العدو الذى يضربهم، فلا يجوز وصف أعمالهم بأنها عمليات انتحارية لأنها فدائية استشهادية مثل أعمال "الكوماندو" فى الحروب الدولية بين الجيوش النظامية.

ومن حسن الحظ أن شيخ الأزهر قد أكد رأيه مرة ثانية حيث أفتى بشرعية عمليات التفجير فى الأراضى المحتلة، قائلا :"من حق كل مسلم وفلسطينى وعربى أن يفجر نفسه فى قـلب إسـرائيل، لأن الموت من أجل العزة والكرامة أفضل من الحياة فى ذلة. وأن جميـع الشرائع طالبت باستخدام القوة ضد العدو ومحاربة من يقف إلى جانب إسرائيل ... ولا بد من القتال والجهاد والدفاع، ومن يتراجع عن ذلك لا يكون مؤمنا"[1].

---

(1) جريدة الحياة 27 مايو 1998م الموافق أول صفر عام 1419هـ. وتراجع الأهرام فى ذلك التاريخ.

المبحث السابع

الأفعال المتصلة بالجريمة وعلاقتها بالمسئولية الجنائية

‹عوده› ٣١٤ـ *الأفعال المتصلة بالجريمة* : الأفعال المتصلة بالجريمة لا تعدو أن تكون فعلا من ثلاثة؛ فهى إما مباشرة، وإما سبب، وإما شرط. والتمييز بين هذه الأفعال الثلاثة ضرورى للتمييز بين الجانى وغير الجانى ...

المباشرة : هى ما أحدث الجريمة بذاته دون واسطة، وكان علة للجريمة، كذبح شخص بسكين، فإن الذبح يحدث الموت بذاته، وهو فى الوقت نفسه علة الموت. وكالخنق، فإنه يحدث الموت بذاته، وهو فى نفس الوقت علة للموت. وكإشعال نار فى الشىء المحترق، فإن إشعال النار يحدث الحريق بذاته، وهو فى الوقت نفسه علة الحريق. وكأخذ السارق مال الغير من حرزه خفية، فإن الأخذ يحدث السرقة، وهو علة لها. وكتناول الخمر، فإنه يحدث جريمة الشرب، وهو فى الوقت نفسه علة لها ...

السبب : هو ما أحدث الجريمة لا بذاته بل بواسطة وكان علة للجريمة، كشهادة الزور على برىء بأنه قتل غيره، فإنها علة للحكم على المشهود عليه بالموت، ولكن الشهادة لا تحدث بذاتها الموت، وإنما يحدث الموت بواسطة فعل الجلاد الذى يتولى تنفيذ حكم القاضى الذى صدر بالموت. وكحفر بئر فى طريق المجنى عليه وتغطيتها بحيث إذا مر عليها سقط فيها وجرح أو مات، فالحفر هو علة الموت أو الجرح، ولكن الحفر لا يحدث الجرح أو الموت بذاته، وإنما يحدثه بواسطة سقوط المجنى عليه فى البئر...

ونستطيع أن نفرق بين المباشرة والسبب، بأن المباشرة تولد الجريمة دون واسطة وأن السبب يولد المباشرة أو هو واسطة لتولد المباشرة التى تتولد عنها الجريمة...

وللسبب ثلاثة أنواع :

(١) سبب حسى : وهو ما يولّد المباشرة توليدا محسوسا مدركا لا شك فيه ولا خلاف عليه، سواء كان السبب معنويا أو ماديا، كالإكراه على القتل والجرح، فإنه يولد فى المكره داعية القتل والجرح دون شك. وكحفر بئر فى طريق المجنى عليه وتغطيتها، حتى إذا ما مر عليها سقط فيها ومات أو جرح، فلا شك فى أن الحفر هو الذى تولد عنه التردى ثم الموت أو الجرح. وكإشعال النار فى البيت الذى ينام فيه المجنى عليه حتى إذا ما استيقظ كانت النار قد أحاطت به وقضت عليه، وكإطلاق

﴿عوده﴾ حيوان مفترس على المجنى بقصد قتله فيفترسه الحيوان، وكأمر طفل غير مميز بقتل شخص فيقتله. فهذه كلها أسباب مادية ومعنوية تؤدى إلى الجريمة بطريق محسوس مدرك لا يشك فيه ولا يختلف عليه ...

(٢) سبب شرعى : وهو ما يولد مباشرة توليدا شرعيا، أى : أساسه النصوص الشرعية، كشهادة الزور بالقتل أو السرقة، فإنها تولد فى القاضى داعية الحكم بالموت على القاتل والقطع على السارق، وتنفيذ الحكم يؤدى إلى مباشرة الموت والقطع. وكتعمد القاضى أن يحكم ظلما بالقتل أو القطع، فإن تنفيذ هذا الحكم يؤدى إلى مباشرة الموت أو القطع...

(٣) سبب عرفى : وهو ما يولد المباشرة توليدا عرفيا لا حسيا ولا شرعيا ، كترك الطعام المسموم فى متناول الضيف، وكالقتل بوسيلة معنوية مثل الترويع والتخويف والسحر. ويدخل تحت السبب العرفى الأسباب الحسية التى بعدت فأصبحت مشكوكا فيها أو مختلفا عليها، ومثل ذلك إشعال نار فى مسكن شخص بقصد قتله، فإن إشعال النار سبب محسوس للموت إذا مات المجنى عليه محترقا، ولكن إذا أنقذ المجنى عليه ووضع فى مستشفى لعلاجه فانهدم المستشفى على المجنى عليه ومات تحت الأنقاض فإن إشعال النار يصبح سببا للموت مشكوكا فيه أو مختلفا عليه، وينقلب إلى سبب عرفي.. والسبب العرفى قد يكون ماديا وقد يكون معنويا. ويسمى السبب بالعرفى لأن حد السببية فى النوع هو الحد المتعارف عليه، أى ما أقره عرف الناس وقبلته عقولهم[1]...

الشرط : هو ما لا يحدث الجريمة وهو علة لها، ولكن وجوده جعل فعلا آخر محدثا للجريمة وعلة لها. ومثل ذلك أن يلقى إنسان بآخر فى بئر حفره ثالث لغير غرض القتل فيموت الثاني، فإن ما أحدث الموت وكان علة له هو الإلقاء فى البئر لا حفر البئر، ولكن الإلقاء ما كان يمكن أن يكون له أثره الذى حدث لولا وجود البئر، فوجود البئر شرط لجريمة القتل التى وقعت بواسطة الإلقاء فى البئر...

---

(١) نهاية المحتاج ج/٧ ص/ ٣٤٠، الوجيز للغزالى ص /١٢٢ وما بعدها، أسنى المطالب ج/٤ ص/٤..

عوده ٣١٥ـ *حكم المباشرة والسبب والشرط* : صاحب الشرط لا مسئولية عليه ما دام لم يقصد بفعله التدخل فى الجريمة أو تسهيلها أو الإعانة عليها؛ لأن فعله لم يحدث الجريمة ولم يكن علة لها، ولو اقتصر الأمر على فعله ماوقعت الجريمة بأى حال. وإذا كان الفعل شرطا لوقوع الجريمة، إلا أن فاعله لم يأته بقصد إجرامي. ولكن صاحب الشرط يسأل جنائيا عن فعله إذا قصد به التدخل فى الجريمة أو تسهيلها أو الإعانة عليها. فإذا أسقط شخص آخر فى بئر حفرت للرى فمات من سقطته، فلا مسئولية على حافر البئر؛ لكن إذا حفر البئر بقصد تسهيل الجريمة فحافره مسئول، ومن يستدرج القتيل لمحل قتله مسئول إذا قصد تسهيل الجريمة، ولا يسأل إذا كان لا علم له بما دبر للقتيل[1]...

أما صاحب المباشرة والتسبب فكلاهما مسئول عن فعله ؛ لأنه علة للجريمة، ولا يمكن أن تحدث الجريمة بدونه. على أن الأمر فى تحديد المسئولية يدق إذا كان المجنى عليه قادرا على دفع أثر فعل المباشر والمتسبب. وقد وضع بعض الفقهاء القواعد الآتية لحكم هذه الحالة :

أولا : إذا كان الفعل مؤديا بطبيعته للجريمة والدفع غير موثوق به، فإن المباشر أوالمتسبب يسأل عن الجريمة، ولا عبرة بسكوت المجنى عليه عن دفع الفعل أو إهماله فى ذلك ، لأن الفعل هو الذى أحدث الجريمة وهو علتها، وليس لسكوت المجنى عليه عن دفع الجريمة أو إهماله دخل فى حدوث الجريمة، ولا يمكن عقلا أن يكون علة لها . فمن أحدث بآخر جرحا بقصد قتله فمات من الجرح، فالفاعل مسئول عن القتل العمد، ولو امتنع المجنى عليه عن معالجة الجرح أو أهمل فى علاجه ...

ثانيا : إذا كان الفعل لا يؤدى بطبيعته للجريمة، وكان الدفع موثوقا به فلم يدفع المجنى عليه الفعل، ففى هذه الحالة يسأل الجانى عن الفعل فقط ولا يسأل عن النتيجة التى ترتبت عليه، لأن الفعل لم يحدث النتيجة ولم يكن علة لها، وإنما الذى أحدثها هو عدم الدفع من جهة المجنى عليه. ومثل ذلك أن يلقى شخص بآخر فى ماء قليل لا يغرق، فيبقى هذا الآخر مستلقيا فى الماء حتى يدركه النوم أو حتى تتصلب أطرافه من البرد فيغرق، فمسئولية الجانى قاصرة على الإلقاء فى الماء فقط، ولا يسأل عن نتيجة

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص : ٦ ...

﴿عوده﴾ الإلقاء فى الماء وهى الموت؛ لأن الموت لم ينشأ عن إلقاء الميت فى الماء، وإنما كـــان نتيجة بقائه فى الماء. على أنه يشترط أن يكون الميت قد بقى فى الماء مختارا مع قدرتـــه على الخروج منه، فإذا حدث له شلل أو كسر أو إغماء نتيجة إلقائه فى الماء فعاقه عن الخروج أو غرق نتيجة لذلك، فالإلقاء فى الماء هو الذى أحدث الجريمة وهو علـــتها، ومـــن ثم يسأل عن القتل من باشر الإلقاء أو تسبب فيه... ولاخلاف بين الفقهاء على هذا المبدإ، ولكنهم يختلفون فى تطبيقه. فالشافعية مثلا يرون أن من فصد فلم يربط جرحه حتى نزف دمه ومات لا يسأل من فصده عن القتل ؛ لأن الفصد لا يـــؤدى بطبيعته للموت؛ ولأن الميت لو ربط محل الفصد لما نزف. والحنابلة يرون أن مـــن أحدث الفصد مسئول عن القتل؛ لأنه أحدث الجرح الذى أدى للموت؛ ولأن الدفع ليس موثوقا به[1].

ثالثا : إذا كان الفعل يؤدى بطبيعته للجريمة والدفع سهل، كما لو ألقى من يحسن الســباحة فى مـــاء مغرق فلم يسبح وترك نفسه يغرق، وكما لو ألقى شخص فى نار قليـــلة يســتطاع الخروج منها فبقى فيها حتى احترق، ففى هاتين الحالتين وأمثالهما خلاف: فالبعض يرى أن الفاعل قاتل؛ لأن الإلقاء فى الماء يدهش الملقى عن السباحة فيغرق؛ ولأن أعصاب الملقى فى النار تتشنج بإلقائه فى النار فتعسر عليه الحركة؛ ولأن العـــادة ألاَّ يستســـلم الناس للموت فيكون الموت نتيجة للإلقاء. ويرى البعض أن الفاعل لا يُعَدُّ قاتلا ما دام المجنى عليه كان يستطيع السباحة فلم يفعل، والخروج من الـــنار فـــبقى فيها[2]. وكلا الفريقين يرى الجانى مسئولا جنائيا، ولكن الفريق الأول يجعلـــه مســئولا عن نتيجة الفعل، بينما يجعله الفريق الآخر مسئولا عن الفعل دون نتيجـــته قياسا على الحالة الثانية. وأكثر الذين يَعُدُّون الفاعل قاتلا يَعُدُّونه قاتلا شبه عمد لا قاتلا عمدا؛ لأن الفعل لا يؤدى غالبا للموت ...

---

(١) الوجيز ج / ٢ ص / ١٢٢ وما بعدها، المغنى ج / ٩ ص/ ٣٢٦ ...

(٢) نهاية المحتاج ج / ٧ ص ٢٤٣ : ٢٤٥، المغنى ج / ٩ ص/ ٣٢٦، البحر الرائق ج/٨ ص/٢٩٤، مواهب الجليل ج/٦ ص/٢٤٠، الشرح الكبير للدردير ج/٤ ص/٢١٥ : ٢١٦ ...

〈عوده〉 ٣١٦ ـ *الفرق بين مسئولية المباشر ومسئولية المتسبب* : الأصل فى الشريعة الإسلامية أن المباشر والمتسبب كليهما مسئولان جنائيا عن فعلهما، لكن المساواة فى المسئولية لا تستلزم تساويهما فى العقوبة فى جرائم الحدود؛ لأن القاعدة فى جرائم الحدود أن عقوبة الحد لا تجب إلا على مباشر[1]. فلا يمكن إذن أن يعاقب المتسبب بعقوبة حد، وإنما يعاقب بعقوبة تعزيرية. ويمكن تعليل هذه القاعدة بأن الأصل فى الجرائم ارتكابها بطريق المباشرة، وأن جرائم الحدود يغلب ارتكابها بطريق المباشرة ويقل ارتكابها بطريق التسبب، فخصصت عقوبة الحدود لشدتها بماهو أصل وبما يغلب وقوعه ...

أما جرائم القصاص، فعقوباتها وإن كانت مقدرة كعقوبات الحدود إلا أنها تقع على المباشر والمتسبب معا عند مالك والشافعى وأحمد؛ لأن هذه الجرائم تقع غالبا بطريق التسبب، فلو قصرت عقوباتها على المباشر فقط لتعطلت نصوص القصاص لإمكان الجانى أن يعدل عن طريق المباشرة إلى طريقة التسبب[2] ...

ولكن أبا حنيفة لا يسوى بين عقوبة القتل العمد المباشر والقتل العمد بالتسبب[3]، مع أنه يَعُدُّ الفعل فى الحالين قتلا عمدا. وهو يخصص عقوبة القصاص للقاتل المباشر ويدرؤها عن القاتل المتسبب، وحجته فى هذا أن عقوبة القتل العمد هى القصاص، ومعنى القصاص المماثلة، والقصاص فى ذاته قتل بطريق المباشرة، فيجب أن يكون الفعل المقتص عنه قتلا بطريق المباشرة ما دام أساس عقوبة القصاص المماثلة فى الفعل. فمن حفر بئرا ليسقط فيها آخر بقصد قتله لا يقتص منه؛ لأن الحفر سبب القتل ولكنه لم يؤد إليه مباشرة. ومن شهد على آخر زورا بأنه ارتكب جريمة عقوبتها القتل فحكم عليه بالقتل على أساس هذه الشهادة المزورة لايقتص منه؛ لأن الشهادة وإن كانت سبب الحكم بالإعدام إلا أنها لم تؤد لإعدام المشهود عليه مباشرة[4] ...

---

(١) المهذب ج / ٢ ص / ١٨٩، الشرح الكبير ج / ٩ ص / ٣٤٢ ...

(٢) المغنى ج/٩ ص/٣٣١، أسنى المطالب ج/٤ ص/٥ وما بعدها، مواهب الجليل ج/٦ ص/٣٤١ ...

(٣) يَعُدُّ أبو حنيفة القتل بالتسبب قتلا مباشرا إذا كان من باشر القتل أداة فى يد المتسبب، كما فى حالة الإكراه..

(٤) بدائع الصنائع ج/٧ ص/٢٣٩ ...

〈عوده〉 وفى جرائم التعزير، لا فرق بين عقوبة المباشر والمتسبب، فالعقوبات المقررة لهما واحـدة، ولكـن هذا لا يقتضى التسوية بينهما فى نوع العقوبة التى توقع على كليهما، ومقدار هذه العقوبة؛ لأن عقوبات التعازير غير مقدرة، وللقاضى حرية فى اختيار العقوبة من بين عقوبات معينة، وتحديد مقدار العقوبة من بين حديها الأدنى والأعلى ...

٣١٧ـ *مـدى مسـئولية المباشـر والمتسبب إذا اجتمع سبب ومباشرة* : إذا اجتمع سبب ومباشرة، فلا يخرج الأمر فى تحديد مسئولية المتسبب والمباشر عن حالة من ثلاث:

الأولى : أن يغـلب السـبب المباشرة. ويتغلب السبب على المباشرة إذا لم تكن المباشـرة عدوانا. وفى هذه الحالة تكون المسئولية على المتسبب دون المباشر، كقتل المحكوم عليه بالإعدام بناء على شهادة الزور؛ فتنفيذ الحكم بمعرفة الجلاد هو المباشرة وشهادة الزور هى السبب. ولما كان فعل الجلاد لا يُعَدّ عدوانا كان صاحب السبب، أى شاهد الزور هو القاتل. وهكذا، كلما تغلب السبب على المباشرة انتفت مسئولية المباشر ووقعت المسئولية على عاتق صاحب السبب[1]...

الـثانية : أن تغـلب المباشرة السبب. وتتغلب المباشرة على السبب إذا قطعت عمله، كمن ألقى إنسانا فى ماء بقصد إغراقه فخنقه آخر كان يسبح فى الماء، وكمن ألقـى بإنسان من شاهق فتلقاه آخر قبل وصوله إلى الأرض فقطع رقبته بسيف، أو أطلق عيارا ناريا قتله قبل وصوله إلى الأرض. فالمسئول عن القتل فى هذه الصور هو المباشـر وعليه وحده القصاص. أما المتسبب، فيعزر على فعله فقط ولا يحاسب على نتيجته وهى الموت ...

ويرى البعض أن المباشرة لا تقطع عمل السبب إذا كانت السلامة من السبب غير متوقعة، كمن رمى آخر من شاهق لا يمكن أن يسلم منه فتلقاه آخر قبل أن يصل إلى الأرض وقدّه بالسيف، فإن السبب فى هذه الحالة يعتدل مع المباشرة، ويكون كل من المباشر والمتسبب مسئولين عن القتل؛ لأن عمل كل منهما يتمم عمل الآخر. أما إذا كان السبب يسلم منه، فتقطع المباشرة عمل السبب على الوجه الذى سبق بيانه[2].
والمفروض فى الأمثلة السابقة أن المباشر والمتسبب ليس بينهما اتفاق على الجريمة ...

---

(١) أسنى المطالب ج/٤ ص/٦، مواهب الجليل ج/٦ ص / ٢٤١ ...

(٢) المغنى ج/٩ ص / ٣٨٥ ...

‹عوده› ويــرى أبــو حنيفة أن المباشرة تغلب السبب دائما كلما اجتمعا، وكانت المباشـــرة عدوانا بحيث يضاف الحكم إلى المباشر دون المتسبب[1]. وإضافة الحكم إلى المباشر دون المتسبب لا يترتب عليها إعفاء المتسبب، فهو مسئول عن فعله كلما كان فعلـــه معصية ... وأهمية هذه القاعدة لا تظهر إلا فى جرائم الحدود والقصاص؛ لأن تغـــليب المباشرة على السبب وإضافة الحكم إلى المباشر يؤدى إلى قصر عقوبة الحد والقصاص على المباشر دون غيره، ويجعل عقوبة المتسبب التعزير كلما تغلبت المباشرة على السبب ...

الثالـــثة : أن يعتدل السبب والمباشرة، بأن يتساوى أثرهما فى إحداث الجريمة. وفى هذه الحالة يكون المتسبب والمباشر مسئولين معا عن نتيجة الفعل، كالإكراه على القتل والأمر به، فإن المكره والآمر مسئولان عن القتل، كما يسأل المكره والمأمور ... وعند أبى حـــنيفة أن السبب لا يعتدل مع المباشرة أبدا؛ لأنه يضيف الحكم للمباشرة، كلما اجتمعت مع سبب وكانت عداونا، وهو فى هذا يخالف ما يراه مالك والشافعى وأحمد. وإذا كان أبو حنيفة يَعُدُّ المكره مسئولا عن القتل فليس ذلك لأنه يرى اعتدال السبب مع المباشرة؛ وإنما لأنه يَعُدُّ صاحب السبب مباشرا إذا كان المباشر آلة فى يده ..

---

(١) الأشباه والنظائر ص/ ٨١، مجلة القانون والاقتصاد السنة السادسة ص ٥٨١ ...

الخاصة بالحدود والقصاص :

مـــا عرضـــه فى هذا الصدد نموذج لما يجب علينا تقديره من عرض دقيق مفصل لأحكـــام الفقه بشأن الأفعال المؤدية إلى نتيجة معاقب عليها جنائيا. ونحمد له حرصه عـــلى اســـتخدام المصـــطلحات الفقهية التى أهملها شراح القانون الوضعى مكتفين بالمصطلحات المترجمة عن الفقه الوضعى الأجنبى.

والذيـــن درســـوا القـــانون على الكتب العصرية لا بد أن يبذلوا جهدهم لبناء نظرياتهم على أساس المصطلحات الفقهية الأصيلة.

ونـــرى أن التفرقة بين المباشرة والتسبب (بجميع أنواعه) من ناحية، والشرط من ناحيـــة أخرى لها أثرها فيما نراه بعد ذلك من حكم كل منهما، ولذلك بدأ بتعريف كل منهما وتمييزه عن غيره.

وأهـــم الفـــروق تـــرجع إلى إثـــبات نية المشاركة فى الفعل. فالمباشرة والتسبب بطبيعـــتهما تقطعان بتوافر قصد المشاركة، ولا حاجة لإثبات النية – بخلاف الشرط، فهو فى الأصل عمل خارج عن الأفعال التى أدت إلى النتيجة المعاقب عليها، ولذلك لا مســـئولية عـــلى من ارتكبها، إلا إذا وجد دليل يقطع بأنه قصد هذه النتيجة وأرادها. وهـــناك فرق آخر عندما يوجد عامل من جانب المجنى عليه ساهم فى حصول النتيجة على التفصيل الذى وفاه حقه.

* * *

تطـــبيقا للمبدإ الذى يقضى بتضييق نطاق عقوبات الحدود والقصاص، يذهب الرأى الـــراجح إلى عـــدم تطبيقها على مرتكب الفعل بطريق التسبيب وقصر تلك العقوبات القصـــوى على مرتكب الجريمة مباشرة، وتطبيق عقوبة تعزيرية فقط على التسبب. ونحن نـــرجح هـــذا الاتجاه، كما نؤيد ما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة من تطبيق هذا المبدإ على "القصاص" باعتبار أن الفقه يَعُدُّه من العقوبات الحدية. ويلاحظ أن كل هذه التفصيلات واردة بصـــدد جرائم الاعتداء على الأشخاص لما قدمناه سابقا من أنها تحظى بعناية خاصة من الفقه والقضاء بسبب اهتمام شريعتنا بحرمة دماء الناس وسلامة أبدانهم.ويكفى دليلا عـــلى ذلـــك مـــا عرضه من أحكام دقيقة عن الحكم فى حالة اجتماع أعمال المباشرة والتسبب فى الصور العديدة التى عرضها بتفصيل لا يحتاج منا إلى إضافة.

عوده ٣١٨ـ *رابطة السببية والمسئولية* : ويشترط لمسئولية الجانى عن الجريمة التى تنسب إليه أن تكون ناشئة عن فعله، وأن يكون بين الفعل الذى أتاه والنتيجة التى يسأل عنها رابطة السببية ...

وقد لا يصعب القول بوجود رابطة السببية بين فعل الجانى ونتيجته، إذا كان فعل الجانى مباشرة لاتصال الفعل بالنتيجة اتصالا مباشرا. أما إذا كان فعل الجانى سببا، فقد يصعب فى كثير من الأحوال القول بوجود رابطة السببية بين الفعل والنتيجة، حيث لا يتصل الفعل اتصالا مباشرا بنتيجته. وتتجلى هذه المصاعب كلما تعددت العلل المؤدية للنتيجة فساعد بعضها عمل البعض، أو قطع بعضها عمل البعض، وكلما بعدت النتائج، وتوالدت الأسباب بينها وبين الأفعال. وسنستعرض فيما يأتى هذه المصاعب ونبين حكمها.

٣١٩ـ *تعدد العلل المسببة للنتيجة* : القاعدة أن الجانى يسأل عن نتيجة فعله إذا كان فعله وحده هو علة النتيجة، أو كان لفعله إذا نظر إليه منفردا عن غيره[1] دخل فى إحداث النتيجة. فالجانى مسئول عن نتيجة فعله، سواء كان هو الذى أحدث النتيجة وحده أو كان أحد العوامل التى اشتركت فى إحداثها. فمن أحدث بآخر جرحا قاتلا بقصد قتله فأدى الجرح للموت، فهو مسئول عن القتل العمد. وإذا كان بالمجنى عليه إصابات قاتلة من قبل فأحدث به الجانى إصابة أخرى قاتلة فمات منها جميعا، فالجانى مسئول عن القتل العمد، ولو أن الموت نتيجة لكل هذه الإصابات. ويستوى أن تكون الإصابات التى كانت بالمجنى عليه ناشئة عن فعله هو كما لو جرح نفسه، أو عن فعل غيره كما لو ضربه إنسان أو نهشه حيوان ...

وإذا كان بالمجنى عليه إصابات قاتلة سببها فعل مباح كالدفاع الشرعى مثلا، فأحدث به آخر إصابة أو إصابات أخرى عدوانا بقصد قتله فمات من جميع الإصابات، فالجانى مسئول عن القتل العمد، ولو أن بعض الإصابات التى أدت للموت ناشئة عن فعل مباح. وكذلك الحكم لو كانت الإصابات السابقة غير عمدية، وهو نفس الحكم لو كانت الإصابات غير العمدية أو الناشئة عن فعل مباح لاحقة بالإصابات التى أحدثها الجانى وليست سابقة عليها...

---

(١) المفروض أن الجانى لا علاقة له بغيره من الفاعلين ...

﴿عوده﴾ وإذا كانت بعض الإصابات أفحش من بعض، فإن الجانى الذى أحدث أبسط الإصابات مسئول عن القتل العمد ما دامت إصابته مهلكة بذاتها أو لها دخل فى القتل على انفرادها. كما أنه لا عبرة بعدد الإصابات التى يحدثها كل جان، فلو كان بشخص مائة إصابة، أدت إلى قتله فالجانى الذى أحدث واحدة منها فقط مسئول عن القتل ما دام لإصابته دخل فى القتل على انفرادها، ولو كانت بقية الإصابات من فعل شخص واحد ...

وإذا أساء المجنى عليه علاج نفسه أو أهمل العلاج، أو سمح لطبيب بعلاج جرحه أو بإجراء عملية فأخطأ العلاج أو قصر فى العملية، وساعد كل ذلك على إحداث النتيجة، فإن الجانى مع ذلك يسأل عن القتل العمد، ما دام فعله مهلكا بذاته، أو كان له منفردا دخل فى إحداث النتيجة ...

وإذا كان المجنى عليه مريضا أو ضعيفا أو صغيرا، فيُعَدُّ الجانى مسئولا عن قتله عمدا إذا ضربه أو جرحه ضربا أو جرحا لا يقتل الصحيح أو الكبير ما دام من شأن هذا الضرب أو الجرح أن يقتل المريض والضعيف والصغير ...

٣٢٠ـ **انقطاع فعل الجانى** : ويسأل الجانى عن نتيجة فعله ما لم ينقطع فعل الجانى بفعل آخر يتغلب عليه ويقطع عمله، ففى هذه الحالة يسأل الجانى عن الفعل دون نتيجته. فمن يجرح إنسانا جرحا قاتلا بقصد قتله يُعَدّ قاتلا له عمدا إذا مات من الجرح، ولكن إذا جاء ثالث فقطع رقبة الجريح فهو القاتل، والأول جارح لا قاتل؛ لأن فعله انقطع عمله وانقضى أثره بفعل الثالث ... ويسأل الجانى عن الفعل دون نتيجته إذا انقطع أثر الفعل فلم يؤد للنتيجة، ولو كان الجانى قاصدا النتيجة. فمن يجرح إنسانا قاصدا قتله فيشفى الجرح يسأل باعتباره جارحا لا قاتلا؛ لأن الجرح انقطع أثره فلم يؤد للموت ...

318 – 320 – علاقة السببية وانقطاعها :

قد يظن البعض أن التفصيلات التى عرضها فيما سبق بشأن المباشرة والتسبب لا نظير لها فى الفقه "الوضعى" بسبب استخدامه لمصطلحات مختلفة عما تستخدمه الكتب "العصرية". والواقع أن كل ما عرضه تتطرق إليه الكتب العصرية، ولكن تحت عنوان "علاقة السببية". فالمباشرة يقال عنها السبب المباشر، والتسبب هو السبب غير المباشر؛ كما أن التداخل بين هذه الأسباب يشار إليه تحت عنوان تعدد الأسباب وانقطاع علاقة السببية ...

والأمثلة التى يشار إليها كما نرى خاصة بجرائم الأشخاص وبخاصة جريمة القتل ..

* * *

نلاحظ أن الأمثلة التى أوردها قد أشار فيها إلى أن الجانى يعاقب فقط باعتباره جارحا – مع أنه فى الحالين قد أشار إلى أن الجانى كان يقصد القتل؛ وعلى ذلك فإننا نفضل القول بأن انقطاع علاقة السببية يجعل الجانى مسئولا عن الشروع فى القتل لا عن الجرح فقط.

‹عوده› ٣٢١ - *تـوالـد العـلـل والمسـببات* : قلنا : إن الجانى يسأل عن نتيجة فعله إذا كـان فعله وحده هو علة النتيجة، أو كان لفعله إذا نظر إليه منفردا عن غيره دخل فى إحداث النتيجة. وهذه هى القاعدة العامة فى الشريعة، ومن السهل تطبيقها كلما كان فعل الجانى علة مباشرة للنتيجة، كذبح شخص بسكين، فإن الذبح علة مباشرة للموت. ولكـن المسائل لا تعرض دائما بهذه السهولة. فهناك حالات كثيرة لا يكون فيها فعل الجـانى هـو العلة المباشرة للنتيجة، وإنما تتولد العلل وتتوالى بين الفعل والنتيجة بحيث تضعف صلة السببية بين الفعل المنسوب للجانى والنتيجة التى يسأل عنها، وبحيث يبعد الفعل عن النتيجة، ولا يكون سببا مباشرا لها. ومثال ذلك أن يحدث الجانى بالمجنى عليه جرحا بقصد قتله، فينقل المجنى عليه إلى المستشفى، فيحدث حريق بالمستشفى يموت فيه المجنى عليه؛ فهل يسأل الجانى عن الموت باعتبار أن الجرح الذى أحدثه سبب نقل المجنى عـليه إلى المستشفى، وأن النقل تولد عنه موت المجنى عليه محترقا، أم يسأل الجانى عن الجرح فقط؟ ومثل ذلك أيضا أن يشهد شخصان زورا على آخر بأنه قتل ثالثا، فيحكم عـلى المتهم البرىء بالقتل وينفذ فيه، ثم تتبين بعد ذلك براءته؛ فهل يُعَدُّ شاهد الزور قـاتلا باعتـبار أن فعلـه علة للحكم، وأن الحكم تولد عنه الأمر بالتنفيذ، وأن الأمر بالتنفيذ تولد عنه قيام الجلاد بقتل المحكوم عليه؟

ولحل هذه الصعوبات يفرق الفقهاء بين ثلاثة أنواع من العلل والأسباب :

أولهـا : العـلل والأسـباب الحسية : وهى العلل التى تتولد عنها النتائج توليدا محسوسا مدركا لا شك فيه ولا خلاف عليه، بغض النظر عما إذا كانت النتيجة قد تولـدت عـن العلة مباشرة أو كانت قد تولدت عن علة متولدة عن العلة الأولى؛ فكـلما كـان فعـل الجانى علة محسوسة ومدركة للنتيجة فهو مسئول عن النتيجة. كإشـعال الـنار فى بيت المجنى عليه بقصد قتله، حتى إذا ما استيقظ كانت النار قد أحـاطت به فلم يستطع النجاة ومات محترقا، فإن الجانى وضع النار فى المنزل وكان وضعها علة فى احتراق المنزل، وكان إحراق المنزل علة فى موت المجنى عليه محترقا ...

ثانيها : العلل والأسباب الشرعية : وهى العلل والأسباب التى تولد نتائج يسأل عـنها الجانى بمقتضى النصوص الشرعية، كاعتبار شاهد الزور فى جريمة القتل قاتلا للمحكوم عليه. وهذا النوع من العلل يتحمل الجانى نتيجته التى ترتبها عليه النصوص مهما بعدت النتائج وضعفت صلة السببية بين النتائج والفعل ...

﴿عوده﴾ ثالـثها : العلل والأسباب العرفية : وهى كل علة أو سبب لا يولد النتائج توليـدا حسيا ولا شرعيا، ويدخل تحت هذا النوع من العلل كل ما لا يدخل تحت الـنوعين السـابقين. وتنسب العلة أو السبب إلى العرف؛ لأن حد السببية هو الحد المتعارف عليه أى : ما أقره عرف الناس وقبلته عقولهم ...

وحكـم هـذا الـنوع مـن العلل أن الجانى يتحمل النتائج مهما توالدت العلل والأسباب، إذا كان العرف يقضى بمسئوليته عن هذه النتائج، أما إذا كان العرف يمنع من مسئوليته عن النتائج فلا يسأل عنها. فمثلا لو خرق شخص قاربا يركبه المجنى عليه بقصـد إغـراقه فى لجة لا نجاة منها، فلما أشرف القارب على الغرق ألقى المجنى عليه بنفسه فى الماء سابحا فالتقمه حوت، فإن الجانى يسأل عن القتل، ولو أن فعل الجانى وهو خـرق القـارب لم يكـن العلة أو السبب المباشر المؤدى للموت، بل كان علة لغرق القـارب، وكان غرق القارب علة لإلقاء المجنى عليه بنفسه فى الماء، وكانت هذه العلة الأخـيرة عـلة لالتهام الحوت له. وهذه العلة الأخيرة هى التى أدت مباشرة للموت. ويسـأل الجانى عن النتيجة التى ترتبت على فعله مع توالد العلل وتواليها وبعد النتيجة عـن فعله، لأن العرف يَعُدُّ صلة السببية قائمة بالرغم من ذلك كله ويَعُدُّ الجانى قاتلا. وإذا ضـرب الجانى شخصا بقصد قتله فأحدث به إصابات استلزم علاجها وضع المجنى عـليه فى مستشـفى، ثم حـدث زلزال أدى لهدم المستشفى وموت المجنى عليه تحت الأنقاض، فإن الجانى يسأل باعتباره ضاربا جارحا فقط، ولا يسأل عن النتيجة النهائية وهـى المـوت، ولو أن الضرب والجرح كانا علة لوجود المجنى عليه بالمستشفى وكان وجـوده بالمستشـفى "نتيجة" علة لفعل الجانى؛ لأن العرف لا يَعُدُّ الجانى قاتلا فى هذه الحالة. والساحر الذى يمارس أعمال السحر والشعوذة بقصد قتل إنسان معين لا يسأل عن القتل إذا مات الشخص المقصود، وإنما يسأل عن الأفعال التى أتاها دون نتيجتها، لأن عرفنا اليوم لا يعترف بأن السحر يؤدى للقتل ...

٣٢٢ـ *نظـرية السـببية فـى الشـريعة* : ويمكنـنا أن نستخلص مما سبق نظرية السـببية فى الشريعة، وهى أن الجانى لا يسأل عن نتيجة فعله إلا إذا كان بين الفعل والنتـيجة رابطة السببية، وهى الرباط الذى يربط الفعل الحاصل من الجانى بالنتيجة الـتى يسـأل عنها، أو هى الرباط الذى يربط السبب بالمسبب والعلة بالمعلول. فإذا

﴿عوده﴾ توافـــرت هـــذه الرابطة كان الجانى مسئولا عن نتيجة فعله، وإذا انعدمت رابطة السببية بين الفعل ونتيجته، أو قامت هذه الرابطة ثم انقطعت قبل تحقق النتيجة سواء كان الانقطاع طبيعيا أو بفعل شخص آخر، فإن الجانى يسأل عن فعله فقط ولا يسأل عن نتيجته ..

ولا يشترط أن يكون فعل الجانى هو السبب الوحيد المحدث للنتيجة، بل يكفى أن يكـــون فعل الجانى سببا فعالا فى إحداث النتيجة، ويستوى بعد ذلك أن يكون فعل الجـــانى هو الذى سبب النتيجة وحده، أو سببها معه أفعال أو عوامل أخرى ترجع إلى فعـــل المجنى عليه أو الغير، أو ترجع إلى حالة المجنى عليه الطبيعية أو الصحية ... والجانى مســـئول عن نتيجة فعله سواء كان فعله علة مباشرة للنتيجة، أو كان علة غير مباشرة للنتـــيجة، بل هو مسئول ولو كانت النتيجة علة لعلة أو علل أخرى تولدت من فعل الجانى ما دام المتعارف عليه بين الناس أن يكون الجانى مسئولا عن مثل هذه الحالة ...

ولا يســـمح الفقهـــاء بتوالد الأسباب والعلل وتواليها إلى غير حد، بل يقيدون الـــتوالد والتوالى بالعرف، فما عَدَّه العرف سببا للنتيجة فهو سبب لها ولو كان سببا بعيدا، وما لم يَعُدّه العرف سببا للنتيجة فهو ليس سببا لها ولو كان سببا قريبا ...

وقد سلك الفقهاء هذا المسلك؛ لأنه أقرب إلى العدالة وألصق بطبائع الأشياء. فلو أنهـــم اكـــتفوا فى تحديـــد رابطة السببية بالسبب المباشر فقط كما فعل شراح القانون الفرنســـى فى القـــتل العمد، لأدى ذلك إلى خروج كثير من الأفعال التى يَعُدُّها العقل والعـــرف قتلا. ولو أنهم بالغوا فأخذوا بكل سبب غير مباشر كما فعل بعض الشراح الألمان، لأدخلوا فى دائرة القتل أفعالا كثيرة لا يَعُدُّها عرف الناس ولا منطقهم قتلا ...

ومـــن أجل ذلك، جاءت نظرية السببية فى الشريعة مرنة تتسع لكل ما يتسع له عرف الناس ومنطقهم، عادلة؛ لأنها تعتمد على شعور الناس بالعدالة وإحساسهم بها. بـــل إن جعل العرف مقياسا تقاس به كفاية السبب لتحقيق النتيجة هو الذى ضمن لـــنظرية الشريعة البقاء ما بقى الناس؛ لأن الناس سواء تقدموا أو تأخروا جهلوا أو تعلموا لهم عرف يطمئنون إليه وعقول لا ترتاح إلا إلى ما تراه عدلا، ونظرية الشريعة تتمشى مع عرفهم ونظرهم للعدالة فى كل وقت وفى كل ظرف ...

〈عوده〉 ٣٢٣ـ بين الشريعة والقوانين : ونظرية الشريعة فى السببية تفضل على قدمها النظرية الفرنسية، وتتفق مع أحدث النظريات التى ظهرت فى دائرة القوانين الوضعية ..

فالشراح الفرنسيون حتى اليوم لا يقبلون فى القتل العمد إلا السبب المباشر، أي: السبب الذى يؤدى للموت بشرط ألاّ تتوسط بينه وبين الموت عوامل أخرى تؤدى بذاتها للموت أو تساعد على إحداثه. فمثلا إذا ضرب الجانى شخصا أو جرحه بقصد قتله فأهمل المجنى عليه العلاج أو أساء علاج نفسه، أو كان مريضا أو ضعيفا فساعد إهماله أو سوء علاجه أو مرضه أو ضعفه على الوفاة، فإن الضرب أو الجرح لا يُعَدّ فى نظر الشراح الفرنسيين علة مباشرة للموت، لأن هناك عوامل أخرى ساعدت على إحداث الوفاة، وقد لا تحدث الوفاة لو لم تكن هذه العوامل ...

ويطبق الشراح الفرنسيون نظريتهم هذه فى حالة القتل العمد فقط. ولكنهم لا يرون بأسا من قبول السبب غير المباشر فى القتل الخطإ. وفى هذه التفرقة وحدها ما يؤكد أن نظريتهم معيبة؛ لأنه إذا كان العدل يقتضى ألاّ يقبل فى القتل العمد إلا السبب المباشر، فمن الظلم أن يقبل السبب غير المباشر فى القتل الخطإ. وإذا كان العدل يقتضى أن يقبل السبب غير المباشر فى القتل الخطإ، فمن الظلم ألاّ يقبل فى القتل العمد ...

وأحدث نظريات السببية تأخذ بالسبب المباشر وبالسبب غير المباشر معا. وقد ظهرت هذه النظريات الحديثة فى ألمانيا وإنجلترا وإيطاليا وسويسرا، وانتقلت إلى غيرها من البلاد. وتُعَدّ النظريات الألمانية فى السببية أنموذجا لأحدث النظريات فى السببية، ولذلك سنكتفى بعرضها ...

وأولى النظريات الألمانية هى نظرية السبب الأقوى أو السبب الفعال. وبمقتضى هذه النظريات يسأل الجانى عن النتيجة إذا كان فعله هو السبب الأساسى فى إحداثها، ولو كانت هناك عوامل أخرى ساعدت على إحداث النتيجة؛ لأن هذه العوامل تُعَدُّ شروطا لحدوث النتيجة لا أسباب لها، ما دام أنها لا تقوم بالدور الأول فى إحداث النتيجة. أما إذا قام أحد هذه العوامل بالدور الأول فى إحداث النتيجة، فإن النتيجة تنسب إليه ويصبح فعل الجانى شرطا لحدوث النتيجة لا سببا لها. وقد أخذ على هذه النظرية أنها تقوم على المفاضلة بين العوامل التى تؤدى لإحداث النتيجة من حيث قوة هذه العوامل وضعفها، مع أنها جميعا ضعيفها وقويها ضرورية لإحداث النتيجة، ولو امتنع أحدهما مهما كان ضعيفا لما انتهت النتيجة إلى الشكل الذى انتهت به ...

﴿عوده﴾ وقد ظهرت بعد ذلك نظرية ثانية، هى نظرية التعادل أريد منها معالجة عيب النظرية الأولى؛ ولذلك فإن أصحابها لا يفاضلون بين العوامل التى تؤدى لإحداث النتيجة، بل يضعونها جميعا فى مستوى واحد. وعندهم أن فعل الجانى هو العامل الأول الذى سبب النتيجة ولولاه لما حدثت، ومن ثم فهو مسئول عن النتيجة بغض النظر عن العوامل الأخرى التى ساعدت على إحداثها. ويستوى عندهم أن تكون العوامل عادية أو غير عادية، راجعة إلى فعل المجنى عليه أو فعل غيره، ناشئة عن حالته الطبيعية أو حالته الصحية، قاطعة لفعل الجانى أو غير قاطعة ...

وقد أخذ على نظرية التعادل أنها تحمل الجانى النتيجة رغم انقطاع فعله بفعل آخر أدى دون شك لحدوث النتيجة، وأنها تسمح بتوالد العلل والأسباب وتواليها إلى غير حد وتحمل الجانى النتيجة باعتبارها متولدة عن فعله الذى انقطع عمله قبل حدوث النتيجة ...

وأحدث النظريات الألمانية هى نظرية السبب الملائم، وقد وجدت لعلاج عيوب نظرية التعادل، وهى تقوم على الأساس الذى قامت عليه نظرية التعادل، ولكنها لا تحمل الجانى المسئولية عن النتيجة إلا إذا عُدَّ فعله سببا ملائما لإحداث النتيجة. ويُعَدُّ السبب ملائما إذا كان كافيا لإحداث النتيجة طبقا لما تعارف عليه الناس وما تقتضيه طبائع الأشياء ...

ونظرية السبب الملائم الألمانية تقوم على نفس الأسس التى تقوم عليها النظرية الإسلامية، وتكاد كلاهما تؤدى إلى نفس النتائج التى تؤدى إليها الأخرى من حيث ترتيب المسئولية. ولعل أهم فرق بينهما أن النظرية الإسلامية سبقت النظرية الألمانية بثلاثة عشر قرنا، وأن النظرية الألمانية تولدت عن نظريات أخرى كانت تتطور مرة بعد أخرى، لتأخذ بما يتفق مع الشريعة الإسلامية وتتخلص مما يخالفها ...

إن ما قاله عن العلل والأسباب الحسية والشرعية نسلم به، لكن المشكلات
خارج نطاقها. وقد جمعها كلها تحت تسمية الأسباب العرفية. ومعنى ذلك أن
لعرف المجتمع ومسلماته لكى تكون هى الفاصلة. ونموذج أعمال السحر والش
تجعلـــنا نتســـاءل عما إذا كان قوله إن "عرفنا اليوم" لايعترف بأن السحر يؤد
القتل، يفتح الباب لمن يقولون إن بعض المجتمعات الإفريقية لا تزال تَعُدُّ هذه ا
وسيلة للقتل والإيذاء، فهل يمكن التسليم لها بذلك؟

وعـــلى العموم، فإننا نكرر ملاحظتنا فى البند السابق من أن انقطاع علاقة السب
المـــثال الأخير لموت المجنى عليه بسبب زلزال يجعل الجانى مسئولا عن الشروع فى
ما دام قد ضرب المجنى عليه أو جرحه بقصد قتله، لا أنه سيكون مسئولا عن الجرح
كما يقول.

ولا نقـــر ما يذهب إليه بعض الفقهاء من أن نية القتل لا تثبت إلا عند اس
الجـــانى ســـلاحا قاتلا، أما إذا لم تكن الأداة التى استعملت سلاحا قاتلا فإن ا
تكون فقط ضربا أفضى إلى موت، أو شبه عمد كما يقال فى فقهنا. لكنا نرى أ
توجد دلائل أو قرائن أخرى على وجود هذه النية التى جاء فى قوله أنها كانت
الجانى ونرى فى هذه الحالة أن يكون مسئولا عن هذه النية الثابتة بِعَدِّ فعله قتلا
حتى ولو كانت الآلة التى استخدمها ليست مما أعد للقتل. وأقصى ما يمكن القو
أن تكون هناك شبهة توجب استبعاد القصاص والاكتفاء بالتعازير.

* * *

نحن نؤيد ما قاله عن إدخال فقهائنا عرف المجتمع كأساس لتقدير مدى
علاقة السببية باعتباره من المميزات التى تفتح باب المرونة والتطور والنمو فى
الإسلامى.

وقـــد قال إن الجانى فى حالة انقطاع علاقة السببية يسأل عن فعله فقط. ونـ
أشرنا فى البندين السابقين إلى أن نية الجانى تدخل فى تقدير ما نَعُدُّه فعله الذى
عنه – ونعيد تأكيد ذلك.

❁ – نفضل نسبة الآراء إلى الفقه لا إلى الشريعة :

إن فقهاءنا قدموا لنا حلا مرنا يتسع لكل النظريات الحديثة؛ ويغنينا عنها، ألا وهو تحكـــيم عـــرف المجتمع وما يقبله وما لا يقبله حسب ظروف الزمان والمكان وتطور المجتمعات.

ثم إنـــنا نفضل ألا تستعمل كلمة "الشريعة" (فى السطر الأخير من البند 323) فى الإشـــارة إلى ما توصل إليه فقهاؤنا من آراء ومذاهب، لأن الشريعة أوسع بكثير من المذاهب المعروفة حتى الآن؛ وتشمل كل ما يستجد فى المستقبل من اجتهاذات فقهية ومذاهب وآراء مستحدثة، إضافة إلى ما توصل إليه فقهاؤنا فى الماضى الذى نعتز بما قدمـــه لـــنا مـــن مذاهـــب وآراء متعددة ومختلفة – ومع تقديرنا لها فإن من الجائز استحداث آراء أخرى تبررها ظروف الزمان والمكان فى المستقبل.

الفصل الثانى
(من الباب الثالث)
فى ارتفاع المسئولية الجنائية

❁ قيود على المسئولية :

بحث إضافى للدكتور توفيق الشاوى :

فى شريعتنا أن المسئولية أمانة حمَّلها الله للإنسان .

الفصل الثاني
فى ارتفاع المسئولية الجنائية

﴿عوده﴾ ٣٢٤ـ *علة ارتفاع المسئولية الجنائية* : بينا فيما سبق أن المسئولية الجنائية تقوم على أسس ثلاثة[1]، هى :

(١) إتيان فعل محرم. (٢) أن يكون الفاعل مختارا. (٣) وأن يكون مدركا.

فإذا توافرت هذه الأسس الثلاثة : توافرت المسئولية الجنائية، وإذا انعدم أحدها لم يعاقب الجانى على فعله. على أن عدم العقاب لا يرجع فى كل الحالات إلى سبب واحد بعينه. فإذا لم يكن الفعل محرما فلا مسئولية إطلاقا؛ لأن الفعل غير محرم، والمسئولية لا تكون قبل كل شىء إلا عن فعل محرم. وإذا كان الفعل محرما، ولكن الفاعل فاقد الإدراك أو الاختيار، فالمسئولية الجنائية قائمة، ولكن العقاب يرتفع عن الفاعل لفقدانه الإدراك أو الاختيار...

فالمسئولية ترتفع إذن، إما لسبب يتعلق بالفعل، وإما لسبب يرجع للفاعل، وفى الحالة الأولى يكون الفعل مباحا، وفى الحالة الثانية يبقى الفعل محرما، ولكن لا يعاقب على إتيانه ...

٣٢٥ـ *أسباب الإباحة* : يباح الفعل المحرم فى الشريعة الإسلامية لأسباب متعددة، ولكنها كلها ترجع، إما لاستعمال حق، وإما لأداء واجب. فاستعمال الحقوق وأداء الواجبات هما اللذان يبيحان إتيان الأفعال المحرمة على الكافة، ويمنعان من مؤاخذة الفاعل؛ لأن الشريعة جعلت له حقا فى إتيان الفعل المحرم أو ألزمته بإتيانه، فأباحت له بذلك إتيان ما حرم على الكافة ...

٣٢٦ـ *أسباب رفع العقوبة* : وترتفع العقوبة عن الفاعل، لأربعة أسباب هى:
(١) الإكراه. (٢) السكر. (٣) الجنون. (٤) صغر السن ...
وفى هذه الحالات الأربع يرتكب الجانى فعلا محرما، ولكن العقوبة ترفع عنه لفقدان الاختيار أو الإدراك ...

---

(١) راجع الفقرة رقم ٢٨٥ .

﴿عوده﴾ ٣٢٧ ـ *الإعفاء من العقاب* : وقد جاءت الشريعة بعد ذلك كله بمبدإ آخر يسمح بإعفاء الجانى من العقاب بالرغم من أنه استحقه، لارتكابه فعلا محرما وهو متمتع بالإدراك والاختيار. ويُعَدُّ هذا المبدأ استثناء من القواعد العامة. ولعل الشارع يقصد من إقرار هذا المبدإ الاستثنائى تشجيع الجانى على التوبة فى الجرائم الخطيرة والعدول عن الاشتراك فيها، خصوصا وقد جاء النص المقرر للمبدإ بعد النص المقرر لعقوبة جريمة الحرابة، وهى من أخطر الجرائم، وذلك قوله ﷻ : ﴿إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فسادا أن يقتَّلوا أو يصلَّبوا أو تقطَّع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفَوا من الأرض ذلك لهم خزى فى الدنيا ولهم فى الآخرة عذاب عظيم * إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم﴾ [المائدة: ٣٣،٣٤]. ومن المسلم به أن هذا النص ينطبق على جريمة الحرابة، أما ما عداها من جرائم الحدود فمختلف عليه وقد سبق الكلام عن هذا الخلاف[1]. ولا شك فى أن المبدأ الذى جاء به النص يمكن تطبيقه على بعض جرائم التعازير إذا رأى أولو الأمر مصلحة فى ذلك.

٣٢٨ ـ *بين الشريعة والقانون*: هذه هى أسباب ارتفاع المسئولية الجنائية فى الشريعة الإسلامية، وهى بذاتها نفس أسباب ارتفاع المسئولية فى القوانين الوضعية. وحكم هذه الأسباب فى الشريعة والقوانين واحد من حيث التكييف. فالشريعة تجعل استعمال الحقوق وأداء الواجبات مبيحا للفعل، فلا جريمة فى فعل يستعمل حقا أو يؤدى واجبا، وهذا هو نفس الحكم فى القانون المصرى وغيره من القوانين الوضعية الحديثة.

والشريعة ترفع العقاب فى حالات الإكراه والسكر والجنون وصغر السن، مع بقاء الفعل جريمة، وهكذا الحكم فى القوانين. والشريعة تعفى من العقاب فى بعض الجرائم الخطيرة من يتوب ويعدل عن ارتكاب الجريمة قبل القدرة عليه، وهكذا تفعل القوانين الوضعية الحديثة ...

والفرق الوحيد بين الشريعة والقوانين الوضعية، أن أسباب الإباحة وأسباب رفع العقاب والإعفاء من العقاب عرفت كلها فى الشريعة الإسلامية من يوم وجودها، أي: من مدة تزيد على ثلاثة عشر قرنا، وعرفت من أول يوم على الوجه الذى هى عليه الآن، بينما القوانين الوضعية لم تعرف هذا كله إلا فى أواخر القرن الثامن عشر، وفى القرن التاسع عشر، ولم تعرفه إلا سببا بعد سبب وخطوة بعد خطوة ...

---

(١) راجع الفقرة رقم ٢٥٣...

❁ 324- 328- فى نظرنا يجب التفرقة بين أسباب الإباحة وموانع المسئولية والإعفاء من العقاب :

جمـــع هـــذا الفصل بين الأسباب التى تنفى توافر أركان الجريمة وتجعل الفعل حقا مباحا أو أداء لواجب فلا يجوز وصفه بأنه "جريمة" - ونسميها أسباب الإباحة، وقد خصص لها المبحث الأول.

وكنا نفضل أن تدرس مستقلة عن الموانع التى ترفع مسئولية الجانى رغم أن الفعل يكـــون جـــريمة مـــتوافرة الأركان، ونسميها "موانع المسئولية" - والتى خصص لها المبحث الثانى.

* * *

وكـــنا نفضل عدم دراسة موانع العقاب فى هذا الفصل الخاص بالمسئولية والذى جعـــل عـــنوانه "ارتفاع المسئولية" - خصوصا أنه أوضح أن فقهنا يتميز عن الفقه الوضعى فى أنه سبق إلى التفرقة بين أسباب الإباحة وموانع المسئولية وموانع العقاب قـــبل القوانـــين الوضعية بقرون عديدة. وهذا يستحق منا أن نفصل بين دراسة هذه الموضـــوعات الثلاثة، وأن نتجاوز عن تعبيره عن موانع المسئولية بأن الشريعة ترفع العقـــاب، فى حـــين أنـــه عندما أشار إلى موانع العقاب قال بأن الشريعة "تعفى من العقاب". ولحن سوف نفرق بين رفع المسئولية ورفع العقاب كما سيتبين فيما بعد.

وسوف نبرز الفرق بين هذه الموضوعات الثلاثة فى كل مناسبة فيما يلى :

المبحث الأول

أسباب الإباحة

استعمال الحقوق وأداء الواجبات

‹عوده› ٣٢٩ ـ *العلة فى إباحة الأفعال المحرمة* : الأصل فى الشريعة الإسلامية أن الأفعال المحرمة محظورة على الكافة بصفة عامة، لكن الشارع رأى استثناء من هذا الأصل أن يبيح بعض الأفعال المحرمة لمن توافرت فيهم صفات خاصة؛ لأن ظروف الأفراد أو ظروف الجماعة تقتضى هذه الإباحة، ولأن هؤلاء الذين تباح لهم الأفعال المحرمة يأتونها فى الواقع لتحقيق غرض أو أكثر من أغراض الشارع ...

فالقتل مثلا محرم على الكافة، وعقوبة القاتل عمدا القصاص، أى : القتل، ولكن الشارع جعل تنفيذ هذه العقوبة من حق ولى الدم وذلك قوله ﷻ: ﴿ومن قُتِلَ مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف فّى القتل﴾ [الإسراء:٣٣]. فولى الدَم حين يقتل القاتل يأتى عملا مباحا له بصفة خاصة، ولو أن هذا العمل محرم على الكافة. وهو حين يأتيه، يحقق غرضين من أغراض الشارع : أولهما : القصاص من القاتل، وثانيهما : أن يكون القصاص بيد ولى الأمر ...

والجرح محرم على الكافة، ولكن لما كانت حياة الإنسان أو راحته قد تتوقف على عملية جراحية، فقد أبيح للطبيب بصفة خاصة جرح المريض؛ لإنقاذه من آلامه أو لإنقاذ حياته؛ لأن الضرورات تبيح المحظورات؛ ولأن الشريعة تحض على التداوى من الأمراض، وتوجب على المرء ألا يلقى بنفسه فى التهلكة. فإحداث الجرح يحقق من أغراض الشارع: دفع الضرورة، والتداوى من المرض، وإنقاذ النفس من الهلكة ...

والضرب محرم على الكافة، ولكن تربية الصغار وتنشئتهم نشأة طيبة تقتضى بطبيعتها أن يؤدبوا ويضربوا. ولما كانت الشريعة توجب على المشرفين على الصغار أن يحسنوا تربيتهم وتنشئتهم، فقد أبيح لهؤلاء أن يضربوا الصغار بقصد التأديب والتعليم، تحقيقا للواجب المفروض عليهم ... وهكذا استوجبت طبيعة الأشياء وصالح الأفراد والجماعة وتحقيق غايات الشارع، استوجب كل هذا أن يعطى لبعض الأفراد حق ارتكاب الأفعال المحرمة على الكافة ...

﴿عوده﴾ وإذا كـــان الفعـــل المحرم قد أبيح؛ لتحقيق مصلحة معينة، فقد وجب مـــنطقيا ألاّ يؤتـــى الفعـــل المحرم إلا لتحقيق المصلحة التى أبيح من أجلها، فإن ارتكـــب الفعـــل لغـــرض آخر فهو جريمة. فالطبيب الذى يجرح مريضا بقصد علاجـــه يؤدى واجبا كلف به فعمله مباح، ولكنه إذا جرح المريض بقصد قتله فهو قاتل وعمله جريمة ...

❀ 329 – الحقوق والواجبات التى تبيح فعلا محرما :

بعض الأفعال المعاقب عليها فى الأصل تبيحها الشريعة أو توجبها فى أحوال معينة لأشخاص معينين. وهذه الإباحة أو الوجوب تمنع عَدَّ الفعل جريمة. وقد أشار لأمثلة منها سنعود لها بالتفصيل فيما بعد.

لكـــن أول الأمثـــلة التى ذكرها توجب علينا أن نذكّر القارئ بأننا منذ البداية لا نـــتفق مع القول بأن "عقوبة" القتل عمدا هى "حق لولى الدم" – ذلك أن العقوبة كمـــا قلـــنا دائما هى حق للمجتمع، وهى فى الأصل التعزير فى جميع الجرائم، بما فى ذلك جريمة القتل العمد. كل ما هنالك أن المشرع يشدد العقوبة ويوجب القصاص عند توافر ظرف معين، هو إصرار ولى الدم على طلب "تنفيذ تلك العقوبة الاستثنائية القصوى"، وهى القصاص.

وبناء عليه، فإنه إذا صح القول بأن المطالبة بتنفيذ القصاص حق لولى الدم يستطيع أن يتنازل عنه، فيجب ألا يفهم من ذلك أن مبدأ العقاب على الجريمة حق له، ولا أن له تنفيذ القصاص بيده – بل هناك مبدآن يجب الالتزام بهما :

أولهمـــا: أن حق الجماعة فى العقوبة ثابت، ويبقى للمجتمع دائما، وليس للمجنى عـــليه التـــنازل عنه، وأنه – فى حالة تنازل ولى الدم عن القصاص – يكون الجزاء التعزير الذى هو الأصل فى نظرنا لأنه حق ثابت لا يستطيع "ولى الدم" أن يتدخل فيه بمنع أو طلب أو وجوب ...

ثانيهمـــا : أننا لا نذهب لحد القول بأن إعطاء ولى الدم حق المطالبة بالقصاص أو التنازل عنه معناه أن له الحق فى قتل المتهم بيده، ولا نقول بأن الشريعة تجيز أن يكون القصاص "بيد ولى الدم" دون محاكمة ولا حكم قضائى ...

وإذا كان هذا القول قد ورد فى بعض كتب التراث، فإن من حقنا أن نلتزم بالمبدإ العام، وهو أن توقيع العقوبة الجنائية لا يكون فى نظرنا إلا بحكم قضائى بعد إجرءات شـــرعية صحيحة تضمن لكل متهم الحق فى الدفاع عن نفسه ومناقشة أدلة الاتهام، كما نفسح المجال لولى الدم لكى يتراجع عن طلب القصاص ويتصالح مع المتهم الذى يبقى فى هذه الحالة مع ذلك مستحقا للتعزير.

كما أن علاج المريض يجيز إجراء جراحة له، إلا أن ذلك حق فقط للطبيب المؤهل لذلك. وتوقيع الجزاءات الجنائية هو كذلك حق للقاضى، وهو وحده المؤهل لذلك.

⟨عوده⟩ ٣٣٠ـ*الحق والواجب* : والأصـــل أن صـــاحب الحق له أن يستعمل حقه وألاّ يســتعمله. فإذا استعمله فلا حرج عليه، وإن تركه فلا إثم عليه. فالحق إذن هو ما يجوز فعلـــه، ولا يعـــاقب على تركه ... ويقابل الحق، الواجب، وكلاهما يختلف عن الآخر فى طبيعـــته. فإذا كان الحق يجوز فعله فالواجب يتحتم فعله، وإذا كان صاحب الحق لا يأثم بـــتركه ولا يعـــاقب على تركه، فإن المكلف بالواجب يأثم بتركه ويعرض نفسه للعقوبة المقررة لترك الواجب ...

وإذا كان الحق والواجب يختلفان فى طبيعتهما، فإنهما يتفقان من الناحية الجنائية فى أن الفعل الذى فعل؛ أداء لواجب أو استعمالا لحق، هو فعل مباح ولا يُعَدُّ جريمة... والفعل الواحد قد يُعَدُّ حقا لشخص بعينه وواجبا على شخص آخر. فالقتل قصاصا هو حق لولى الـــدم إذا باشره، ولكن الفعل نفسه واجب على الجلاد إذا تركت مباشرته له. والتأديب فى مذهب أبى حنيفة حق للزوج والأب، ولكنه واجب على المدرس والمعلم...

وللـــتفرقة بين الحق والواجب أهمية من وجهين : أولهما، وهو متفق عليه من الفقهاء: أن الحق لا يمكن العقاب على تركه، وأن الواجب يمكن عقاب تاركه ... وثانيهما، وهو مختـــلف عليه بين الفقهاء: أن الحق يتقيد بشرط السلامة، وأن الواجب لا يتقيد بشرط الســـلامة، أى : أن من باشر حقا مسئول دائما عن سلامة المحل الذى باشر عليه الحق؛ لأنه مخير بين أن يأتى الفعل أو يتركه، أما من كان عليه واجب فلا يسأل عن سلامة محل الواجـــب؛ لأنـــه ملزم بتأدية الواجب وليس له أن يتخلى عنه. وهذا هو رأى أبى حنيفة والشـــافعي. أما مالك وأحمد، فعندهما أن الحق كالواجب غير مقيد بشرط السلامة ؛ لأن استعمال الحق فى حدوده المقررة عمل مباح ولا مسئولية على مباح...

ولمعـــرفة ما إذا كان الفعل حقا أو واجبا بالنسبة لشخص معين، ننظر هل يتحتم إتيان الفعل أم لا؟ وهل يعاقب على تركه أو يأثم بتركه أم لا؟ فإن كان يتحتم عليه إتيان الفعل فهـــو واجب، وكذلك إن كان يأثم بتركه أو يعاقب على تركه. أما إذا كان له أن يأتى الفعل أو يتركه دون أن يأثم أو يعاقب فالفعل حق بالنسبة له ...

وإذا حللنا الحق، وجدنا أنه سلطة ذات حدود معينة تمنح لصاحب الحق على محل الحـــق؛ فحـــق التأديب يعطى المؤدب سلطة على محل التأديب وهو الزوجة مثلا، أو الابـــن أو التـــلميذ. وإذا حللـــنا الواجب، وجدنا أنه يعطى أيضا للمكلف به نفس السلطة على محل الواجب، ويجعل مباشرة الواجب حقا له على المحل؛ فواجب التأديب

﴿عوده﴾ عـــند من يقولون بأنه واجب يعطى للمكلف بالواجب نفس سلطة صاحب الحـــق عـــلى التلميذ والابن. فالمكلف بالواجب هو فى الواقع صاحب حق على محل الواجب، ولكن ليس له أن يترك استعمال حقه. وهذا هو الفرق الوحيد بين صاحب الحق والمكلف بالواجب ...

والكلام على استعمال الحقوق وأداء الواجبات يقتضى الكلام على :

(١) الدفاع الشرعي. (٢) التأديب. (٣) التطبيب. (٤) ألعاب الفروسية.

(٥) إهدار الأشخاص. (٦) حقوق الحكام وواجباتهم .

وسنخصص لكل من هذه الموضوعات مبحثا خاصا ...

❁ 330 – لا فرق بين الحق والواجب فى إباحة الفعل :

كثير من الحقوق الشرعية هى واجبات كذلك. ولهذا، فإنه كلما أوجبت الشريعة عملا على شخص فإن ذلك يعطى له الحق فى القيام به، ويكون مباحا له.

جميـــع الأمثلة التى ذكرها هى حقوق .. وبعضها (أو كلها) يمكن أن يكون واجبا فى ظـــروف معينة كما سنبينه. ولكن ما قاله عن إهدار الأشخاص يحتاج إلى تدقيق سيكون محل تفصيل نوضحه فيما بعد.

وقـــد جعـــل لكل مثل من الحقوق التى تبيح الفعل فرعا خاصا به – على النحو التالى:

الفرع الأول
فى الدفاع الشرعي

عوده ٣٣١ ـ *الدفاع الشرعى فى الشريعة على نوعين* :

(أ) دفاع شرعى خاص، ويسمى اصطلاحا دفع الصائل ...

(ب) دفاع شرعى عام، ويسمى اصطلاحا الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ...

وسنخصص لكل من هذين النوعين مطلبا خاصا ...

المطلب الأول
الدفاع الشرعى الخاص
أو دفع الصائل *

٣٣٢ ـ *معنى الدفاع الشرعى الخاص* : الدفاع الشرعى الخاص فى الشريعة، هو واجب الإنسان فى حماية نفسه أو نفس غيره، وحقه فى حماية ماله أو مال غيره من كل اعتداء حال غير مشروع بالقوة اللازمة لدفع هذا الاعتداء...

والدفاع الشرعى الخاص، سواء كان واجبا أو حقا، مقصود به دفع الاعتداء وليس عقوبة عليه، بدليل أن دفع الاعتداء فعلا لا يمنع من عقاب المعتدى على اعتدائه... ويصطلح الفقهاء على تسمية الدفاع الشرعى الخاص بـ "دفع الصائل"، وعلى تسمية المعتدى "صائلا"، والمعتدى عليه "مصولا عليه" ...

والأصل فى دفع الصائل قوله ﷻ : ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ [البقرة:١٩٤]. وما رواه يعلى بن أمية عن رسول الله ﷺ قال: "كان لى أجير فقاتل إنسانا فعض أحدهما يد الآخر، فانتزع المعضوض يده من فم العاض فانتزع إحدى ثنيتيه، فأتى النبى فأهدر ثنيته، وقال : أفيدع يده فى فيك تقضمها قضم الفحل"؟! وما رواه عبد الله بن عمرو من قول رسول الله ﷺ : "من أريد ماله بغير حق فقاتل فقتل فهو شهيد". وما رواه أبو هريرة عن رسول الله ﷺ قال : "لو أن امرأ اطلع عليك بغير إذن فحذفته بحصاة ففقأت عينه لم يكن عليك جناح"...

وكما أقرت الشريعة دفع الصائل لرد اعتدائه عن نفس الدافع أو عرضه أو ماله كذلك أقرته لدفع الاعتداء عن نفس الغير أو عرضه أو ماله لقوله عليه السلام: "انصر أخاك ظالما أو مظلوما". ولقوله "إن المؤمنين يتعاونون على الفتان ..." .

---

* صال عليه يصول صولا، وصولانا : سطا عليه ليقهره، فهو صائل .

❁ 331، 332 –الدفاع عن حقوق الفرد، وعن قيم المجتمع :

أعـــتقد أن فقيهنا هو أول من أشار إلى أن الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر هو نـــوع ثان من أنواع الدفاع الشرعى عن المجتمع وقيمه واستقراره. ونحن نؤيد هذا التصور وسوف نرى أهمية ذلك فيما بعد.

وكـــل ما اطلعنا عليه من كتابات فى موضوع الدفاع الشرعى فى فقهنا أو الفقه الوضـــعى، موضوعه هو النوع الأول وحده الذى سماه دفاعا شرعيا خاصا وخصص له المطلب الأول ونبدأ به:

* * *

المطلب الأول

دفع المعتدِى (الصائل)

نقـــر بـــأن الـــتعريف الذى قدمه للدفاع الشرعى شامل ودقيق. وحرصه على استعمال لفظ الصائل والمصول عليه للإشارة إلى المعتدى والمعتدَى عليه يسهل على الباحث مراجعة كتب التراث التى سارت على استعمال هذا المصطلح. وإباحة دفع العدوان على نفس الغير وماله هو تطبيق لمبدإ أصيل فى شريعتنا هو المساواة الإنسانية والتضامن كأساس للمجتمع ونظمه وقيمه الثابتة.

وحديث أبى هريرة فى إباحة دفع من يطّلع على خصوصيات المرء – دون إذن – له أهمية خاصة فى مبدإ حرمة الأسرار الشخصية أشرنا إليها فى المقدمة، وتوسعنا فيها فى رسالتنا عن "نظرية التفتيش" بالفرنسية عام 1949م، وكتابنا بالعربية أخيرا (تحت الطبع) عن حرية أسرار الحياة الخاصة ونظرية التفتيش فنحيل إليه.

〈عوده〉 ٣٣٣ـ *التكييف الشرعي لدفع الصائل* : لا خلاف بين الفقهاء فى أن دفع الصائل شرع ليحمى الإنسان نفسه أو غيره من الاعتداء على النفس والعرض والمال، ولكنهم اختلفوا فى التكييف الشرعي لدفع الصائل من وجهين :

أولهما : ماهية الدفاع وهل هو واجب على المدافع فليس له أن يتخلى عنه كلما كان فى مقدوره، أم هو حق للمدافع فله أن يدفع الاعتداء، وله ألاّ يدفعه؟

وقد اتفق الفقهاء على أن دفع الصائل واجب على المدافع فى حالة الاعتداء على العرض. فإذا أراد رجل امرأة على نفسها ولم تستطع دفعه إلا بالقتل كان من الواجب عليها أن تقتله إن أمكنها ذلك؛ لأن التمكين منها محرم، وفى ترك الدفاع تمكين منها للمعتدي. وكذلك شأن الرجل يرى غيره يزنى بامرأة أو يحاول الزنا بها ولا يستطيع أن يدفعه عنها إلا بالقتل، فإنه يجب عليه أن يقتله إن أمكنه ذلك ... والواجب هو الذى يذم تاركه ويلام شرعا بوجه ما على رأي، وهو ما يعاقب على تركه طبقا لرأى آخر[1]، ويستوى أن تكون العقوبة على الواجب دنيوية أو أخروية.

والدفاع الواجب قد لا يعاقب على تركه عقوبة دنيوية، ولكن تاركه يُعَدُّ آثما مستحقا للعقوبة الأخروية. فانعدام المسئولية الجنائية على ترك الواجب لا يغير شيئا من طبيعة الواجب ولا يعفى من أدائه...

وانعدام المسئولية الجنائية على ترك الواجب لايسوى بين الواجب وبين الحق؛ لأن الحق يتضمن التخيير بين الفعل والترك، والواجب لا تخيير فيه. كما أن صاحب الحق لا يُعَدُّ آثما بالفعل أو الترك ، أما تارك الواجب فآثم شرعا[2]...

واختلف الفقهاء فى الدفاع عن النفس، فظاهر مذهب أبى حنيفة يتفق مع الرأى الغالب فى مذهبى مالك والشافعى على أن دفع الصائل عن النفس واجب[3]. والرأى المرجوح فى مذهبى مالك والشافعى يتفق مع الرأى الراجح فى مذهب أحمد على أن

---

(١) الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى ج / ١ ص : ١٣٨ وما بعدها، المستصفى للغزالى ج/١ ص : ٦٥ : ٦٦ ...

(٢) المستصفى للغزالى ج / ١ ص : ٧٤ ...

(٣) حاشية ابن عابدين ج/٥ ص/٤٨١، تحفة المحتاج ج/٤ ص/١٢٤ ، مواهب الجليل ج/٦ ص/٣٢٣، الزيلعى وحاشية السلبى ج/٦ ص/١١٠ ...

﴿عوده﴾ دفع الصائل عن النفس جائز[1] وليس واجبا. وحجة هؤلاء حديث الرسول "فى الفتنة": "اجلس فى بيتك، فإن خفت أن يبهرك شعاع السيف فغط وجهك (أو فى لفظ آخر) فكن عبد الله المقتول ولا تكن عبد الله القاتل". كذلك يحتجون بعمل عثمان رضى الله عنه إذ ترك القتال مع إمكانه وهو يعلم أن الثوار يريدون نفسه...

وبعض الفقهاء الحنابلة يفرقون بين حالة الفتنة وغيرها، ويجعلون الدفاع جائزا مطلقا فى حالة الفتنة. أما فى غير حالة الفتنة فيجعلونه واجبا مطلقا[2]، وهو رأى بعض الشافعية والمالكية[3]...

أما الدفع عن المال فأغلب الفقهاء يرونه جائزا لا واجبا. فللمعتدى عليه أن يدفع الصائل إن شاء، وألاَّ يدفعه. والفرق بين المال والنفس، أن المال مما يباح بالإباحة أما النفس فلا تباح بالإباحة. ولكن بعض الفقهاء يرون ان الدفع عن المال واجب إذا كان ما لا فيه روح، أى: ليس جمادا، أو كان مالا للغير فى يد المدافع كمال المحجور عليه أو الوقف، أو مالا مودعا، أو كان مالا للمدافع ولكن تعلق به حق للغير كرهن أو إجارة[4]...

ثانيهما : صيال الصبى والمجنون والحيوان : يرى مالك والشافعى وأحمد أن الإنسان إذا صال عليه صبى أو مجنون أو حيوان يكون فى حالة دفاع، فإذا قتل الصبى أو المجنون أو الحيوان ولم يكن فى وسعه أن يحمى نفسه من الصيال إلا بالقتل فلا مسئولية عليه من الناحية الجنائية أو المدنية؛ لأنه كان يؤدى واجبه فى دفع الصائل عن نفسه[5]...

---

(١) المغنى ج/١٠ ص/٣٥٠ وما بعدها ...

(٢) الإقناع ج / ٤ ص / ٢٩٠ ...

(٣) حاشية الرملى ج/٤ ص / ١٦٨، أسنى المطالب ج/٤ ص ١٦٨، شرح الزرقانى وحاشية البنانى ج/٨ ص / ١١٨ ...

(٤) أسنى المطالب ج / ٤ ص / ١٦٨ ...

(٥) مواهب الجليل ج/٦ ص/٣٢٣، تبصرة الحكام ج/٢ ص /٣٠٣، الأم ج/٦ ص/١٧٢، المهذب ج/٢ ص/٣٤٣، الإقناع ج/٤ ص/٢٨٩ ...

﴿عوده﴾ ولكن أبا حنيفة وأصحابه عدا أبا يوسف يرون أن يكون المصول عليه مسئولا مدنيا عن دية الصبى والمجنون وقيمة الحيوان، وحجتهم فى ذلك أن الدفاع شرع لدفع الجرائم، وعمل الصبى والمجنون لا يُعَدُّ جريمة، وكذلك فعل الحيوان الأعجم، ومن ثم فلا وجود للدفع فى حال صيال الصبى والمجنون والحيوان. ولكن للمعتدى عليه فى هذه الحالة الحق فى قتل الصائل أو جرحه أو إيذائه على أساس الضرورة الملجئة، والقاعدة أن الضرورة الملجئة لاتعفى من الضمان وإن أعفت من العقاب؛ لأن الدماء والأموال معصومة؛ ولأن الأعذار الشرعية لا تنافى هذه العصمة..

ويرى أبو يوسف أن يكون المصول عليه مسئولا عن قيمة الحيوان فقط، لأن فعل الصبى والمجنون جريمة ولكن رفع عنهما العقاب لانعدام الإدراك، أما فعل الحيوان الأعجم فليس جريمة. ويترتب على هذا أن يكون المصول عليه فى حالة دفاع إذا صال عليه صبى أو مجنون، وفى حالة ضرورة ملجئة إذا صال عليه حيوان[1]...

وحجة القائلين بقيام حالة الدفاع فى كل حال أن من واجب الإنسان أن يحمى نفسه ونفس غيره من كل اعتداء يقع على النفس، ومن حقه ومن واجبه أحيانا أن يحمى ماله ومال غيره من كل اعتداء يقع على المال سواء كون الاعتداء جريمة أم لا، وأن فعل الاعتداء بذاته لا يحل دم الصائل ولكنه يوجب على المصول عليه أو يجيز له أن يمنع الاعتداء، فإذا لم يكن فى الإمكان منع الاعتداء إلا بالقتل فذلك هو القدر اللازم لرد الاعتداء. فمشروعية منع الاعتداء هو الذى أحل دم الصائل وليس الاعتداء فى ذاته، ومن ثم فليس من الضرورى أن يكون الاعتداء جريمة[2]...

---

(١) البحر الرائق ج/٨ ص/٣٠٢ ...

(٢) الأم ج/ ٦ ص/ ١٧٢، ١٧٣ ...

〈عوده〉 ٣٣٤ـ *بين الشريعة والقانون* : بينا فيما سبق التكييف الشرعى للدفاع. أما تكييف الدفاع فى القوانين الوضعية، فقد اختلف باختلاف الأزمنة. فقديما كانوا يرون أنه حق مستمد من القانون الطبيعى لا القانون الوضعي. وفى العصور الوسطى عُدَّ الدفاع حالة لا تمنع من العقوبة ولكنها تؤهل للعفو عن العقوبة. وفى القرن الثامن عشر فسر الدفاع بأنه حالة ضرورة تبيح للمرء أن يدافع عن نفسه بنفسه، وتنشأ الضرورة من عدم وجود حماية حاضرة من الهيئة الاجتماعية. وفى القرن التاسع عشر، كيف الدفاع بأنه حالة من حالات الإكراه؛ لأن الخطر المحدق بالمدافع يجعله عديم الاختيار؛ ولأن الجانى يندفع بغريزته للمحافظة على حياته، وقد أخذ على هذا التكييف بأنه لا يعلل الدفاع عن الغير ولا عن المال، وأنه يؤدى إلى تسويغ الدفاع عند استعمال الحق أو أداء الواجب...

وأحدث الآراء اليوم فى القوانين الوضعية أن الدفاع استعمال لحق أباحه القانون الوضعى بل أداء لواجب؛ لأن من حق كل إنسان بل ومن واجبه أن يعنى بالمحافظة على حياته وأن يدافع عن نفسه وماله، فضلا عن أن الجماعة لامصلحة لها فى العقاب؛ لأن المدافع ليس بالمجرم الذى يخشى على الجماعة من شره...

والظاهر من مقارنة هذه الآراء المختلفة باختلاف العصور وتطوراها المستمرة أها انتهت فى القرن العشرين إلى ما بدأت به الشريعة الإسلامية فى القرن السابع. فالدفاع يكيف فى الشريعة بأنه واجب فى أكثر الحالات، حق فى بعضها، وهو يكيف اليوم فى القوانين الوضعية بأنه حق إن لم يكن واجبا، ولعلنا بعد قليل نرى شراح القوانين الوضعية يحددون الدفاع الواجب كما فعل فقهاء الشريعة...

ويرى شراح القوانين الوضعية أنه يجوز استعمال حق الدفاع ضد المجنون والطفل، ولو أن كليهما معفى من العقاب؛ لأن الدفاع الشرعى ليس عقابا يقع على المعتدي، وإنما هو دفع لعدوانه، وهذا يتفق مع مايراه أغلب الفقهاء...

ولكن شراح القوانين اختلفوا فيما إذا كان هجوم الحيوان يمكن دفعه استنادا إلى حق الدفاع الشرعي، أو استنادا إلى أنه حالة ضرورة. فرأى البعض ما يراه فقهاء الحنفية، من أن الحيوان الأعجم لا يمكن عَدُّه معتديا أو مرتكبا لجريمة، وأن حالة

〈عوده〉 الضـــرورة هـــى التى تبيح قتل الحيوان. ورأى البعض الآخر تطبيق نظرية الدفاع الشرعي بالنسبة للحيوان، وهو ما يراه مالك والشافعي وأحمد[1]...

ويـستفق القانون المصرى مع مذهب أبي حنيفة فى اشتراط أن يكون فعل الصائل جريمة، فإن لم يكن جريمة، لم توجد حالة الدفاع[2]...

---

(١) الموسوعة الجنائية ج / ١ ص / ٥٢٥ ...

(٢) راجع المادة ٢٤٦ من قانون العقوبات المصرى ...

333، 334 – واجب الدفاع عن النفس والعرض – وحق الدفاع عن المال:

ليس من حق المرء أن يفرط فى حياته أو عرضه؛ أو يسمح بالاعتداء على حياة غيره أو عرضه؛ لذلك أجمع الفقهاء على أن الدفاع الشرعى عن النفس والعرض واجب، سواء فى ذلك نفس المدافع وعرضه أو نفس الغير وعرضه.

أما المال فإن لكل فرد أن يتخلى عنه، لذلك فإن تصديه للدفاع عنه جائز وحق لا واجب فى الرأى الراجح فى فقهنا؛ على التفصيل الذى أورده.

لكن موضوع الفتنة له شأن خاص. فالدفاع فى حالة الفتنة فى نظرهم جائز وليس واجبا، لأن المدافع قد يرى من المصلحة عدم التصدى للمعتدين، ولأن فقهاءنا يخشون من تسلسل العدوان إلى ما لا نهاية مما يهدد أمن الجماعة واستقرارها. لذلك، رجح البعض تفادى انتشار الفتنة ولو اقتضى ذلك عدم التصدى للعدوان .. وهذا الرأى محل جدل فى الماضى، وسيبقى دائما مثيرا للخلاف.

لقد قدم لنا نماذج مما نستطيع به أن نفخر بما وصل إليه فقهنا من دقة وعمق فى تخريج الأحكام مع مراعاة مختلف المبادئ العامة وإعمالها :

فقد أشار إلى ما يراه بعض فقهائنا من التمييز بين الدفاع عن المال الذى يكون حيوانا فيه روح، وغيره من الجمادات؛ لأن النوع الأول له حرمة الكائن الحى الذى يستحق أن يدافع عنه حتى لا يعتدى أحد على حياته دون سبب شرعى أو دون توافر شروط لذلك، فيرون أنه يجب الدفاع الشرعى عن حقه فى الحياة بصفته كائنا حيا لا بحُسبانه مجرد مال. كذلك المال الذى يكون وديعة أو أمانة تحت يد المعتدى عليه، فهنا يوجبون عليه أن يدافع عنه لأنه يلتزم بالمحافظة عليه حتى يعيده إلى من سلمه له (إذا كان وديعة) أو من هو فى ولايته (إذا كان قاصرا) أو تحت نظارته (إذا كان وقفا).

بالنسبة للعدوان الواقع من شخص غير عاقل أو غير مسئول (مجنون أوصبى) أو حيوان، قالوا إنه يجيز الدفاع الشرعى رغم أن المعتدى لا يمكن أن يكون مسئولا عن ارتكاب جريمة. ثم أضاف الحنفية أنهم لا يَعُدُّون ذلك دفاعا شرعيا، بل هو حالة ضرورة، ورتبوا على ذلك أن المدافع يلتزم بالتعويض المدنى، لأن الضرورة تمنع المسئولية الجنائية لكنها لا تجعل الفعل مباحا، وبالتالى فهى لا تعفى من التعويض المدنى عن الضرر.

بين الدفاع وحالة الضرورة :

بــل فرق أبو يوسف – بين فعل الصبى أو المجنون، فقال إنه يكون جريمة فى ذاته، كــل مــا هنالك أن مرتكبها غير مسئول لانعدام عقله أو عدم بلوغه، ولذلك فإن المدافــع يكــون لــه الحق فى الدفاع الشرعى لمنع الجريمة، ولا يلتزم بالتعويض لأنه اســتعمل حقه الشرعى. أما فعل الحيوان فلا يمكن وصفه بأنه "جريمة" بأى حال من الأحــوال، لذلك لا يجيز الدفاع الشرعى بل يكون المدافع فى حالة ضرورة لا تعفيه من التعويض المدنى (الضمان) فى هذا الرأى.

ورغم دقة هذه الأقوال إلا أن الرأى القائل بتوافر حالة الدفاع الشرعى فى جميع هذه الأمثلة هو فى نظرنا أكثر عمقا وأقرب للصواب؛ وهو يستند إلى أن حق الدفاع الشرعى ناتج عن الخطر الذى يمثله الفعل لا عن وصفه بأنه "جريمة" متوافرة الأركان؛ إن الدفــاع الشــرعى هو دفع خطر الفعل الذى يهدد النفس أو المال، وليس جزاء للمعتدى يستلزم البحث فى توافر شروط مسئوليته عن هذا الفعل أو عن وصفه بأنه صفته "جريمة".

* * *

برغم قوله إن القانون المصرى ومذهب أبى حنيفة يشترطان أن يكون فعل المعتدى جريمة حتى تبيح الدفاع الشرعى، فإننا نفضل القول بأنه اعتداء، سواء كان جريمة أم لا، كما أوضح ذلك فى البند التالى. ولذلك نرجح مذهب مالك والشافعى وأحمد الذى أشــار إليه فى البند (335). أما الضرورة فتكون محصورة فى الحالات التى يلجأ فيها المضــطر إلى إحــداث ضرر يمس شخصا بريئا لم يصدر منه عدوان، ولذلك فإن من أصابه ضرر فى هذه الحالة يستحق التعويض . وهذه هى القاعدة التى نرى الأخذ بها فى حالــة مــا إذا كان الخطر من فعل حيوان، فلا نرى التزام المدافع بالتعويض عن الضرر إلا إذا كان الخطر الذى كان يدفعه ناشئا عن فعله هو كأن استفز الحيوان أو هاجمه ..

وعــلى ذلك فإن الدفاع الشرعى هو ضرورة دائما، لكنها نتجت عن فعل ينتج عــنه خطر وأنه وقع من المعتدى (الصائل) سواء كان إنسانا أو حيوانا .. فالضرورة شــرط مــن شــروط الدفاع الشرعى دائما – وإن كانت أوسع نطاقا لأنها تشمل حالات لا تتوافر فيها شروط حق الدفاع الشرعى.

﴿عوده﴾ ٣٣٥ـ *شـروط دفـع الصـائل* : لدفع الصائل شروط يجب توافرها حتى يُعَدَّ المَصُـول عليه فى حالة دفاع. وهذه الشروط هى : أولا : أن يكون هناك اعتداء أو عـدوان، ثانيا : أن يكون هذا الاعتداء حالا، ثالثا : ألاَّ يمكن دفع الاعتداء بطريق آخر، رابعا : أن يدفع الاعتداء بالقوة اللازمة لدفعه ...

الشـرط الأول : أن يكـون هـناك اعتداء : يجب أن يكون الفعل الواقع على المصـول عـليه اعتداء، فإن لم يكن كذلك لم يجز دفعه. فالأب إذا ضرب ولده أو زوجته للتأديب، والمعلم إذا أدب الصبي، والجلاد حين يقطع رقبة المحكوم عليه أو يد السارق، ومستوفى القصاص حين يقتل القاتل أو يقطع يده قصاصا، كل هؤلاء لا يُعَدُّ فعلهم عدوانا أو اعتداء، وإنما هو استعمال لحق أو أداء لواجب...

ويترتب على اشتراط الاعتداء أو العدوان فى الفعل أن كل عمل أوجبته الشريعة أو أجازتـه لا يُعَـدُّ اعتداء إذا باشره صاحب الحق فيه، كالقبض والتفتيش والجلد والحـبس، وغـير ذلك من الحقوق والواجبات المقررة للأفراد والسلطات العامة أو عليهم..وليس للاعتداء حد مقرر، فيصح أن يكون الاعتداء شديدا، ويصح أن يكون بسيطا. وبساطة الاعتداء لا تمنع من الدفاع، ولكنها تقيد المدافع بأن يدفع الاعتداء بـالقوة اللازمـة لدفعه..ويصح أن يكون الاعتداء واقعا على نفس المصول عليه أو عرضه أو ماله، كما يصح أن يكون واقعا على نفس الغير أو عرضه أو ماله، ويصح أن يكون واقعا على نفس الصائل أو ماله، كمن حاول أن يقتل نفسه أو يقطع طرفه أو يتلف ماله[1]..

وليـس من الضرورى فى رأى مالك والشافعى وأحمد أن يكون الاعتداء جريمة معاقبا عليها، ولكن يكفى أن يكون عملا غير مشروع. وليس من الضرورى فى رأى هـؤلاء الفقهاء أن يكون الصائل مسئولا جنائيا عن فعله، فيصح أن يكون الصائل مجـنونا أو طفـلا. ويكفـى لقيام حالة الدفاع أن يكون فعل الصائل أيا كان غير مشروع. أما أبو حنيفة وأصحابه، فيشترطون أن يكون الاعتداء مما يُعَدُّ جريمة معاقبا عـليها، وأن يكـون الصائل مسئولا جنائيا عنها، وإلا كان الدفع قائما على حالة الضـرورة. ويخالفهم أبو يوسف فى هذا، حيث يشترط أن يكون الفعل جريمة دون

(١) أسنى المطالب ج / ٤ ص : ١٦٧ ...

﴿عوده﴾ حاجة لأن يكون الصائل مسئولا عن الجريمة جنائيا. ورأى أبي يوسف يتفق تمام الاتفاق مع نص القانون المصرى الذى يشترط أن يكون الفعل جريمة ...

ويُعَدُّ الفعل اعتداء سواء كان مصدره إنسانا أو حيوانا، وهو ما يراه مالك والشافعى وأحمد، ولكن أبا حنيفة وأصحابه جميعا لا يرون مسوِّغا لوجود حالة الدفاع عند هجوم الحيوان لأن فعله لا يُعَدُّ جريمة، ويرون رد الهجوم على أساس حالة الضرورة، وهو رأى قد يتفق أيضا مع نصوص القانون المصرى الذى يعاقب على قتل الحيوان إذا كان قتله دون مقتض (٣٥٥ عقوبات). هذا إذا فسرنا المقتضى بأنه حالة الضرورة، وهو الرأى الراجح، لأن فعل الحيوان ليس جريمة فى ذاته. أما إذا أمكن فى بعض الأحوال عَدُّ الفعل جريمة من صاحب الحيوان، فالدفاع يوجد ولكنه لا يوجد فى غير ذلك من الحالات ...

وليس للصائل أن يرد دفاع المصول عليه ثم يحتج بأنه كان يدافع عن نفسه؛ لأنه هو الذى اعتدى فأصبح باعتدائه عرضة لدفاع المصول عليه. فإذا اقتضى الدفاع قتل الصائل فقد أصبح دم الصائل هدرا، أما المصول عليه فمعصوم. وإذا اقتضى الدفاع جرح الصائل لتعطيله فقد أصبح الجرح هدرا مع بقاء المصول عليه معصوما. ومن الأمثلة على ذلك قضاء على رضى الله عنه فى امرأة تزوجت، فلما كان ليلة زفافها أدخلت صديقها الحجلة سرا، وجاء الزوج فدخل الحجلة فوثب عليه الصديق فاقتتلا فقتل الزوج الصديق، وقتلت المرأة الزوج، فقضى على بقتل المرأة بالزوج ولم يَعُدّها مدافعة عن نفسها أو عن غيرها ...

لكن إذا زادت أعمال الدفاع عن الحد اللازم لرد العدوان عُدَّ الزائد منها عدوانا، وكان للصائل أن يدفعه ويقاد المصول عليه بما زاد عن حاجة الدفاع ويؤخذ بجريرته ...

ولا يشترط لقيام حالة الدفاع أن يقع الاعتداء فعلا، فليس على المصول عليه أن ينتظر حتى يبدره الصائل بالاعتداء، بل للمصول عليه أن يبدر الصائل بالمنع ما دامت حالته تدل على أنه سيعتدى. فإذا أقبل الرجل بالسيف أو غيره من السلاح إلى الرجل فإنما له ضربه على ما يقع فى نفسه، فإن وقع فى نفسه أنه يضربه وإن لم يبدأه المقبل إليه بالضرب فليضربه وإن لم يقع فى نفسه ذلك لم يكن له ضربه[1]. ويجب أن

---

(١) الأم ج / ٦ ص / ٢٧ ...

﴿عوده﴾ يكـون الاعـتقاد بالاعتداء غالبا على الظن حتى يمكن تسويغ الدفاع. أما الوهـم والظن الضعيف فلا يسوِّغانه. فإذا دخل رجل بالسلاح دارا فغلب على ظن صـاحب الدار أنه قاصد قتله، لأسباب معقولة كان له أن يبدره بالقتل، وإذا توقع صـاحب الـدار من لص أنه سيعاجله وكان توقعه مبنيا على أسباب معقولة فليقتله ولاشيء عليه[1]...

وإشـهار السلاح بقصد المزاح واللعب لا يوجد المشهور عليه فى حالة دفاع ولا يجعلـه مصـولا عليه؛ لأن إشهار السلاح على هذا الوجه لا يُعَدُّ اعتداء. لكن إذا كـانت الظـروف تـدل على أن الصائل يظهر المزاح ويبطن الجد حتى يتمكن من المصول عليه، كان للمصول عليه دفع شره ولو بقتله إذا لم يمكن دفعه إلا بالقتل...

ولمعرفة بداية الاعتداء ونهايته أهمية قصوى؛ لأن الدفاع يتولد عن الاعتداء وينتهى بانـتهائه؛ فـلا دفاع قبل الاعتداء ولا دفاع بعد الاعتداء. فإذا ضرب المصول عليه الصائل فانصرف أو جرحه فأعجزه عن الاعتداء فليس للمصول عليه أن يتبعه ليضربه مرة أخرى، وليس له بعد أن يعجزه أن يثنى عليه، فإذا فعل من ذلك شيئا فهو جرح أو قـتل وعليه عقوبته. ولكن يجوز للمصول عليه أن يتبع الصائل ليسترد منه ما هرب به من مال، وتُعَدُّ حالة الدفاع قائمة حتى يسترد من الصائل ما أخذه، وللمصول عليه أن يقتل الصائل ليسترد منه المسروق إذا لم يمكن استرداده بطريقة أخرى...

والرغـبة فى الاعتداء لا تخلق حالة الدفاع، وإنما المعتبر هو إمكان الاعتداء. فمن كـان يريد الاعتداء ولكنه لا يستطيع فضربه أو جرحه أو قتله جريمة؛ لأن الدفاع مقرر لدفع الاعتداء والاعتداء غير ممكن فى ذاته...

الشرط الثانى : أن يكون الاعتداء حالا : لا يوجد المصول عليه فى حالة دفاع إلا إذا كان الاعتداء حالا، فإن لم يكن حالا فعمل المصول عليه ليس دفاعا وإنما اعتداء؛ لأن الدفـاع لايوجـد إلا إذا تحقق الاعتداء فى الفعل أو الظن. فحلول الاعتداء هو الذى يخلق حالة الدفاع ومن ثم لم يكن الاعتداء المؤجل محلا للدفاع، ولم يكن التهديد بالاعتداء محلا للدفاع، إذ ليس هناك خطر يحتمى منه الإنسان بالدفاع العاجل، وإذا عُـدَّ الـتهديد اعتداء فى ذاته، فإنه يجب أن يندفع بما يناسبه، والالتجاء للسلطات العمومية كاف لحماية المصول عليه من التهديد ...

---

(١) المرجع السابق نفسه ...

〈عوده〉 الشرط الثالث : ألاّ يمكن دفع الاعتداء بطريق آخر : يشترط لوجود حالة الدفاع ألاّ تكون هناك وسيلة أخرى ممكنة لدفع الصائل؛ فإذا أمكن دفع الصائل بوسيلة أخرى تغنيه عن الدفاع وجب استعمالها، فإن أهمل المصول عليه هذه الوسيلة ودفع الاعتداء فهو معتد. فإذا أمكن دفع الصائل مثلا بالصراخ والاستغاثة فليس للمصول عليه أن يضربه أو يجرحه أو يقتله، فإن فعل كان فعله جريمة[1]. وإذا أمكن الاحتماء برجال السلطة العمومية فى الوقت المناسب أو استطاع المصول عليه أن يمنع نفسه أو يمتنع بغيره دون استعمال العنف فليس له أن يستعمله[2] ...

وقد اختلف الفقهاء فى الهرب كوسيلة لدفع الاعتداء. فمن رأى أن الهرب يصلح وسيلة من وسائل دفع الاعتداء، فقد أوجب الهرب على المصول عليه؛ لأن الهرب هو الوسيلة المناسبة لدفع الاعتداء، والمصول عليه مكلف بدفع الاعتداء بأيسر مايمكن[3]. ومن رأى أن الهرب لا يصلح وسيلة من وسائل الدفاع، فإنه لا يلزم المصول عليه بالهرب، ويجعل له أن يثبت ويدافع إذا لم يكن إلا الهرب أو الدفاع[4]. وفرق بعض الفقهاء بين ما إذا كان الهرب مشينا أو غير مشين، وجعلوه لازما إذا لم يكن مشينا وغير لازم إذا كان مشينا[5]. ويشترط على كل حال عند من يرون الهرب دفاعا أن يقوم الهرب مقام الدفاع، فإذا كان الدفاع عن المال أو الحريم ولم يستطع المدافع الهرب بالمال أو الحريم فلا يُعَدُّ الهرب دفاعا ولا يلزم به المصول عليه[6] ...

الشرط الرابع : أن يدفع الاعتداء بالقوة اللازمة لرده : يشترط فى الدفاع أن يكون بالقدر اللازم لدفع الاعتداء، فإن زاد عن ذلك فهو اعتداء لا دفاع. فالمصول عليه مقيد دائما بأن يدفع الاعتداء بأيسر ما يندفع به، وليس له أن يدفعه بالكثير إذا كان يندفع بالقليل. فإذا دخل رجل منزل آخر بغير إذنه وكان يندفع بالأمر بمغادرة المنزل أو بالتهديد بالضرب فليس له أن يضربه، فإن لم يخرج ضربه بأسهل ما يعلم أنه

---

(١) حاشية ابن عابدين ج/٥ ص/٤٠٢، أسنى المطالب ج/٤ ص/١٦٧ ...
(٢) الأم ج/٦ ص /٢٧، أسنى المطالب ج/٤ ص / ١٦٧ ...
(٣) المغنى ج/١٠ ص / ٣٥٣ ...
(٤) المرجع السابق نفسه، والأم ج / ٦ ص / ٢٨ ...
(٥) تحفة المحتاج ج / ٤ ص / ١٢٦ ...
(٦) المرجع السابق، وأسنى المطالب ج / ٤ ص / ١٦٧ ...

 يندفع به؛ لأن المقصود دفعه، فإن اندفع بقليل فلا حاجة لأكثر منه. فإن علم أنـــه يخرج بالعصا لم يكن له ضربه بالحديد؛ لأن الحديد آلة للقتل بخلاف العصا. وإن ذهـــب موليـــا لم يكن له قتله ولا اتباعه. وإن ضربه ضربة عطلته لم يكن له أن يثنى عـــليه؛ لأنه كفى شره. وإن ضربه فقطع يمينه فولى مدبرا فضربه فقطع رجله، فقطع الرجل مضمون عليه بالقصاص أو الدية؛ لأنه فى حال لا يجوز له فيها ضربه[1]. وإن كـــان لا يندفع إلا بالقتل أو خاف أن يبدره بالقتل إن لم يقتل فله ضربه بما يقتله أو يقطع طرفه، وما أتلف منه فهو هدر لأنه تلف لدفع شره[2] ...

ومن قصده رجل فى نفسه أو ماله أو أهله بغير حق، فله أن يدفعه بأيسر ما يندفع به، فإذا أمكنه الدفع بالصياح والاستغاثة لم يدفع باليد، وإن كان فى موضع لا يلحقه الغـــوث دفعـــه بـــاليد، فإن لم يندفع باليد دفعه بالعصا، فإن لم يندفع بالعصا دفعه بالسلاح، فإن لم يندفع إلا بإتلاف عضو دفعه بإتلاف العضو، فإن لم يندفع إلا بالقتل دفعه بالقتل، وإن قدر على دفعه بالعصا فقطع عضوا أو قدر على دفعه بالقطع فقتله، وجب عليه الضمان[3]، أى : العقاب لأنها جناية من غير حق فأشبه ما إذا جنى عليه مـــن غير دفع، وإن قصده، ثم انصرف عنه لم يتعرض له، وإن ضربه فعطله لم يجز أن يضربه ضربة أخرى؛ لأن القصد كف أذاه[4] ...

ومـــن عض يد آخر ولم يمكنه تخليصها إلا بفك لحييه فك لحييه، وإن لم يندفع إلا بأكثر من هذا، فعله ولا مسئولية عليه ...

ومن أراد امرأة على نفسها فقتلته لتدفع عن نفسها، فلا شيء عليها. ومن قضاء عمـــر رضى الله عنه فى هذا الباب، أن رجلا أضاف ناسا من هذيل فأراد امرأة على نفسها فرمته بحجر فقتلته، فقال عمر : "والله لا يودى أبدا".

وإذا صالت بهيمة على إنسان دفعها بالقدر الذى تندفع به، فإن لم تندفع إلا بالقتل قتلها، ولا مسئولية عليه من الناحيتين الجنائية والمدنية، إلا فى مذهب أبى حنيفة فإنه

---

(١) المغنى ج / ١٠ ص / ٣٥١ : ٣٥٢ ...

(٢) المرجع السابق لفسه...

(٣) يعبر الفقهاء كثيرا عن الجزاء بالضمان، والضمان قد يكون عقوبة بدنية وقد يكون عقوبة مالية .

(٤) المهذب ج/٢ ص/٢٤١ ...

<عوده> يسأل مدنيا فقط؛ لأن الدفع كان على أساس حالة الضرورة، وحالة الضرورة ترفع المسئولية الجنائية ولا ترفع المسئولية المدنية ...

وإذا اطلع رجل على بيت إنسان من ثقب أو شق باب أو نحوه، فله أن ينهاه فإن لم ينـتـه جـاز له أن يدفعه بأيسر ما يندفع به، فإن لم يندفع إلا بفقء عينه ففقأها فلا مسئولية عليه. وهذا رأى مجمع عليه فى مذهب الشافعى ومذهب أحمد[1]، وحجتهما حديث الرسول ﷺ : "لو أن امرأ اطلع عليك بغير إذن فحذفته بحصاة ففقأت عينه لم يكـن عليك جناح". وحديث الرسول المروى عن سهل بن سعد أن رجلا اطلع فى جحر من باب النبى ﷺ، وكان الرسول يحك رأسه بمدرى فى يده فقال الرسول: "لو علمت أنك تنظر لطعنت به فى عينك، إنما جعل الاستئذان من أجل البصر" .

وفضـلا عـن الحديثين، فإن هذا الرأى تطبيق لقواعد الدفاع. وعلى هذا الرأى الأقلية فى مذهبى مالك وأبى حنيفة. أما الغالبية فترى أن المدافع ليس له أن يفقأ عين من يطلع من الخارج لمجرد النظر؛ لأنه لو نظر إنسان إلى عورة آخر بغير إذنه لم يستبح فـقء عيـنه، فالنظر إلى الإنسان فى بيته أولى ألاّ يستباح به الفقء. ويرى الحنفية أن الحديث قصد به المبالغة فى الزجر عن الاطلاع[2].

ويرى المالكية أن الرمى أبيح للتنبيه أو للمدافعة لا بقصد الإيذاء أو إصابة العين، فإذا قصد عينه فهى إصابة خطأ يسأل عنها بحسبانه مخطئا لا عامدا[3].

ويرى علاء الدين الكاسانى أن الأصل فى كل ما سبق هو أن من قصد قتل إنسان لا ينهدر دمه بمجرد هذا القصد، ولكن ينظر إن كان المشهور عليه (أى المصول عليه) يمكنه دفعه عن نفسه بدون القتل لا يباح له القتل، وإن كان لا يمكنه الدفع إلا بالقتل يـباح القتل؛ لأنه من ضرورات الدفع، فإن شهر عليه سيفه يباح له أن يقتله؛ لأنه لا يقدر على الدفع إلا بالقتل. ألا ترى أنه لو استغاث الناس يقتله قبل أن يلحقه الغوث،

---

(١) المغنى الجزء العاشر ص / ٢٥٥، المهذب الجزء الثانى ص ٢٤٣ ...

(٢) حاشية ابن عابدين الجزء العاشر ص/٢٥٥، المهذب الجزء الخامس ص٤٨٥ ...

(٣) مواهب الجليل الجزء السادس ص ٣٢٢ : ٣٢٣ ...

 إذ السلاح لا يلبث، فكان القتل من ضرورات الدفع فيباح قتله، فإذا قتله فقد قتل شخصا مباح الدم فلا شيء عليه[1].

ولا حرج على المصول عليه إذا تعذر بدر (مبادرة) الصائل بالدفع ولم ينتظر حتى يقع عليه الاعتداء ما دامت حالة الصائل تدل على قصده الاعتداء، وإذا كان الصائل يندفع بالعصا فلم يجد إلا سيفا أو سكينا فلا حرج عليه أن يدفعه بأيهما إذ لا يمكنه الدفع إلا به، ولا يمكن نسبته إلى التقصير بترك استصحاب عصا[2]...

وليس للمصول عليه أن يقصد قتل الصائل أو جرحه ابتداء إذا علم أنه لا يندفع إلا بذلك، وأن القتل أو الجرح هو القوة اللازمة لدفعه[3]. والمقياس الصحيح للقوة اللازمة لدفع الاعتداء هو ظن المدافع المبنى على أسباب معقولة، فبهذا المقياس تقاس القوة اللازمة لدفع الاعتداء ولا تقاس بالضرر الحقيقى الذى وقع أو الضرر الذى كان الصائل ينتوى أن يحدثه. فللمصول عليه إذن أن يدفع الصائل بأيسر ما يغلب على ظنه أن الصائل يندفع به بشرط أن يكون ظن المصول عليه قائما على أسباب معقولة.. ويراعى أن الأمر قد يخرج عن حد الضبط عند الالتحام سيما إذا كان الصائلون جماعة؛ لأن دفع أحدهم بأيسر ما يندفع به قد لا يندفع به الآخر، وقد يؤدى إلى إهلاك المصول عليه[4]، ومن ثم يرجع فى تقديره القوة الملائمة لظروف كل واقعة ...

٣٣٦ـ *تجاوز حد الدفاع* : إذا استعمل المدافع قوة أكثر مما تقضى الضرورة لدفع الاعتداء، فهو مسئول عن فعله الذى تعدى به حد الدفاع المشروع، فإذا كان الصائل يندفع بالتهديد فضربه فهو مسئول عن الضرب، وإن كان يندفع بالضرب باليد فجرحه فهو مسئول عن الجرح، وإن كان يندفع بالجرح فقتله فهو مسئول عن القتل، وإن هرب الصائل بعد أن جرحه فاتبعه المدافع وجرحه مرة ثانية فهو مسئول عن الجرح الثاني، وإن عطل مقاومته ثم قطع بعد ذلك يده أو رجله أو قتله فهو مسئول عما فعله بعد تعطيل المقاومة. وهكذا، يسأل المصول عليه عن كل فعل لم يكن لازما لدفع الاعتداء.

---

(١) بدائع الصنائع ج / ٧ ص/ ٩٣ ...

(٢) أسنى المطالب الجزء الرابع ص/ ١٦٧ ...

(٣) شرح الزرقانى حاشية النبانى الجزء الثامن ص/١١٨ ...

(٤) تحفة المحتاج ج٤ ص/١٦ ...

عوده وبين الاعتداء والدفاع ارتباط وثيق؛ لأن الدفاع يتولد عن الاعتداء. فإذا بدأ الاعتداء بدأت حالة الدفاع، وإذا انتهى الاعتداء، فقد انتهت حالة الدفاع، ومن ثم لا يُعَدُّ المصول عليه مدافعا إذا انتهى الاعتداء، ويسأل عن كل فعل يقع منه بعد انتهاء الاعتداء. ولكن لا يُعَدُّ الاعتداء منتهيا إذا هرب الصائل وأخذ معه المال المصول عليه، فللمدافع أن يتتبعه حتى يسترد منه ما أخذه، وأن يستعمل معه القوة اللازمة فى استرداده، فإن لم يكن إلا القتل لإمكان استرداد المأخوذ قتله[1]...

والأصل فى أفعال الدفاع أنها مباحة ولا عقاب عليها، ولكنها إذا تعدت الصائل وأصابت غيره خطأ، فالفعل الذى وقع على الغير لا يُعَدُّ مباحا إذا أمكن نسبة الخطإ والإهمال إلى المدافع. فمن أراد أن يضرب الصائل فأخطأه وأصاب غيره فجرحه أو قتله فهو مسئول عن جرح هذا الغير أو قتله خطأ ولو أنه تعمد الفعل إذ الفعل فى ذاته مباح على الصائل، ولكنه وقع على الغير خطأ. وتشبه هذه الحالة ما إذا أراد إنسان أن يصيد صيدا فأخطأه وأصاب شخصا، فالصيد فى ذاته عمل مباح ولكن الصائد يسأل عن إصابة الشخص خطأ ...

ونصب الحبالات والأشراك والفخاخ وراء الأبواب أو الأسوار أو فى الممرات بقصد قتل المعتدين أو جرحهم جائز عند أبى حنيفة والشافعى وأحمد[2]، وليس على صاحب المكان مسئولية؛ لأنه من قبيل الدفاع؛ ولأن الداخل قتل نفسه بتعديه ودخوله مسكن غيره دون حق. ولكن مالكا[3] يرى مسئولية الفاعل إذا قصد بعمله إصابة الداخلين أو إهلاكهم، أما إن قصد سد حاجة من حاجات المسكن أو المكان فلا مسئولية عليه. ولعل رأى مالك أقرب إلى الدقة فى تطبيق قواعد الدفاع؛ لأن الدفاع قائم على رد الاعتداء بأيسر ما يندفع به، وقد يندفع المعتدى بأيسر من الجرح أو القتل. وقد تعرض شراح القوانين لهذه المسألة بالذات؛ فمنهم من رأى الفعل دفاعا، ومنهم من لم يره كذلك. وعرضت قضية من هذا النوع على المحاكم الفرنسية، فقضت ببراءة صاحب المسكن على اعتبار أن عمله طريقة من طرق الدفاع الشرعي[4]...

---

(١) حاشية ابن عابدين ج/٥ ص/٢٧٤ ...

(٢) حاشية ابن عابدين ج/٥ ص/٥٢٤، تحفة المحتاج ج/٥٠، المغنى ج/٩ ص/٥٧١ ...

(٣) تبصرة الحكام ج/٢ ص/٢٩٦، مواهب الجليل ج/٦ ص/٢٤١ ...

(٤) القسم العام لأحمد بك صفوت ص/٢٢٤ ...

﴿عوده﴾ ٣٣٧ـ *أيكون للصائل حق الدفاع ؟* : يصبح الصائل فى حالة دفاع إذا تعدى المصول عليه حدود الدفاع المشروع؛ لأن عمل المصول عليه يصبح حينذاك اعتداء، والدفاع يتولد عن الاعتداء. أما إذا بقى فعل المصول عليه فى حدود الدفاع، فلا يُعَدُّ الصائل إلا معتديا، وليس له أن يدعى بأنه كان يدفع عن نفسه. وإذا تجاور المصول عليه حد الدفاع عُدَّ عمله اعتداء، وكان للصائل أن يدفع عن نفسه هذا الاعتداء بأيسر ما يندفع به ...

٣٣٨ـ *حكم دفع الصائل*: من المتفق عليه بين الفقهاء أن أفعال الدفاع مباحة، فلا مسئولية على المدافع من الناحية الجنائية؛ لأن الفعل ليس جريمة ولامسئولية عليه من الناحية المدنية؛ لأنه أتى فعلا مباحا وأدى واجبا أو استعمل حقا قرره الشارع؛ وأداء الواجبات واستعمال الحقوق لا يترتب عليه أى مسئولية. أما إذا تعدى المدافع حدود الدفاع المشروع فعمله جريمة يسأل عنها من الناحيتين الجنائية والمدنية ...

وقد بينا من قبل أن أبا حنيفة يرى مسئولية المدافع مدنيا عن قتل الصبى والمجنون أو جرحهما أو قتل الحيوان أو جرحه، كما بينا أن أبا يوسف يخالفه ويرى المسئولية المدنية فقط فى حالة قتل الحيوان، وقلنا إن هذين الرأيين مخالفان لما يراه جمهور الفقهاء.

٣٣٩ـ *بين الشريعة والقانون* : هذا هو دفع الصائل فى الشريعة الإسلامية، وأحكام القوانين الوضعية وآراء شراحها لا تكاد تختلف اليوم شيئا عن أحكام الشريعة. وقد بينا الأساس الذى يقوم عليه الدفاع فى الشريعة وقارناه بالأسس التى قام عليها الدفاع فى القوانين ويقوم عليها اليوم.

أما شروط الدفاع فى الشريعة، فهى نفس الشروط فى القوانين الوضعية الحديثة، وعلى الأخص فى القانون المصرى والفرنسي. وآراء الشراح فى هرب المدافع لا تختلف عن آراء الفقهاء؛ فبعضهم يرى هرب المدافع وبعضهم لا يراه، وبعضهم يفرق بين الهرب المشين، والهرب غير المشين ويوجب الهرب إذا لم يكن شائنا. وحكم الدفاع فى الشريعة هو نفس حكمه فى القوانين الوضعية التى تجعل الفعل مباحا ولا ترتب مسئولية جنائية أو مدنية على المدافع إلا فى حالة تجاوز الدفاع ...

الرأى الذى نسبه إلى الإمام مالك والشافعي وأحمد أشرنا فى البند السابق إلى أننا نرجحه على قول الإمامين أبي حنيفة وأبي يوسف.

وسنرى أن جميع الشروط التى عرضها هى شروط حالة الضرورة (بالإضافة إلى شرط العدوان على التفصيل الذى ذكرناه). وأهمية هذه الشروط ومقتضاها هو أن الضرورة تقدر بقدرها فلا يجوز دفع المعتدى إلا بالقدر اللازم للحماية من خطره؛ فلا يجوز أن يتحول الدفاع إلى انتقام أو عقاب، وكل تجاوز عن القدر الذى تستلزمه الضرورة تطبق عليه القواعد العامة ويؤاخذ عليه مرتكبه.

وجميع الشروط الأخرى تتفرع عن هذا المبدإ، فشرط الضرورة هو الذى يستلزم أن يكون الاعتداء أو الخطر حالا لأن عدم حلوله يفتح الباب لدفعه بغير طريق الجريمة، كما أنه يستلزم ألا يكون أمام المدافع وسيلة أخرى غير الجريمة التى ارتكبها. وكل هذه الشروط يجب توافرها فى ذهن المدافع وتقديره بناء على أسباب معقولة بمقياس مجتمعه وبيئته وظروفه، ولذلك فتقديرها أمر موضوعي، وقاضى الموضوع هو المختص بالحكم عما إذا كانت متوافرة أو أن الجانى قد تجاوزها..

وإذا رأى القاضى أن الجانى قد تجاوز حدود الشروط أو أحدها فإنه يلتزم بتطبيق العقوبة عليه طبقا للقواعد العامة. والأصل أن من بدأ بالعدوان لا يستطيع التمسك بحقه فى الدفاع الشرعى لمقاومة المدافع طالما كان فى حدود حقه فى الدفاع الشرعى بالشروط المشار إليها. لكن إذا تجاوز المدافع هذه الحدود فللآخر أن يَعُدَّه معتديا ويستعمل حقه فى دفع اعتدائه ومنعه.

* * *

لقد حرص على تأكيد أن كل ما توصلت له القوانين الوضعية المستوردة قد سبق إليه الفقه الإسلامي، حتى الخلافات بين الآراء فى كثير من المسائل لها نظير فى الآراء المستعدده فى أقوال فقهائنا ومن بينها مسألة الهرب من المعتدى – هل يُعَدّ المدافع قد تجاوز حدود حقه إذا كان باب الهرب مفتوحا أمامه، ومع ذلك تصدى لمقاومة المعتدى وأصابه فعلا ؟ ..

ويرى البعض أن القانون لا يمكن أن يلزم المعتدى عليه بالفرار أمام المعتدى إذا أبت عليه شجاعته ورجولته ذلك. وهذا هو الراجح.

المطلب الثاني
فى الدفاع الشرعى العام
أوالأمر بالمعروف والنهى عن المنكر

(عوده) ٣٤٠ـ *مصدر إيجاب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر*: الأصل فى الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر قوله ﷻ: ﴿ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون﴾[آل عمران:١٠٤]، وقوله ﷻ: ﴿ليسوا سواء مِّن أهل الكتاب أمَّة قائمة يتلون آيات الله آناء الليل وهم يسجدون * يؤمنون بالله واليوم الآخر ويأمرون بالمعروف ويَنهَون عن المنكر ويسارعون فى الخيرات وأولئك من الصالحين﴾[آل عمران:١١٣،١١٤]، وقوله ﷻ: ﴿والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض يأمرون بالمعروف ويَنهَون عن المنكر ويقيمون الصلاة﴾ [التوبة:٧١]، وقوله ﷻ: ﴿لُعنَ الذين كفروا من بنى إسرائيل على لسان داود وعيسى بن مريم ذلك بما عصوا وكانوا يعتدون * كانوا لايتناهَون عن منكر فعلوه لبئس ما كانوا يفعلون﴾ [المائدة:٧٨، ٧٩]، وقوله ﷻ: ﴿كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر﴾ [آل عمران : ١١٠]، وقوله ﷻ :﴿الذين إن مَّكَّناهم فى الأرض أقاموا الصلاة وآتوُا الزكاة وأمَروا بالمعروف ونَهوا عن المنكر﴾ [الحج:٤١]، وقوله ﷻ: ﴿وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعانوا على الإثم والعدوان﴾ [المائدة:٢]، وقوله ﷻ : ﴿لا خير فى كثير من نجواهم إلا من أمر بصدقة أو معروف أو إصلاح بين الناس ومن يفعل ذلك ابتغاء مرضاة الله فسوف نؤتيه أجرا عظيما﴾ [النساء:١١٤]، وقوله ﷻ : ﴿وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التى تبغى حتى تفىء إلى أمر الله﴾ [الحجرات:٩].

وقد تأكدت هذه المعانى جميعا بأحاديث الرسول ﷺ. ومنها أنه روى عن أبى بكر رضى الله عنه أنه قال فى خطبة خطبها: "أيها الناس إنكم تقرءون هذه الآية وتؤولونها على خلاف تأويلها: ﴿يأيها الذين آمنوا عليكم أنفسَكم لا يضركم من ضل إذا اهتديتم﴾ [المائدة:١٠٥]. وإنى سمعت رسول الله ﷺ يقول: "ما من قوم عملوا بالمعاصى وفيهم من يقدر أن ينكر عليهم فلم يفعل إلا يوشك الله أن يعمهم بعذاب من عنده"...

<عوده> وروى عن أبي ثعلبة الخشنى أنه سأل رسول الله ﷺ عن تفسير قوله ﷻ : ﴿لا يضركم من ضل إذا اهتديتم﴾، فقال: "يا أبا ثعلبة مر بالمعروف وانه عن المنكر، فإذا رأيت شحا مطاعا وهوى متبعا ودنيا مؤثرة وإعجاب كل ذى رأى برأيه، فعليك بنفسك ودع عنك العوام" ...

وقال ﷺ : "تأمرن بالمعروف ولتنهون عن المنكر أو ليسلطن الله عليكم شراركم ثم يدعو خياركم فلا يستجاب لهم" .

وقال: "ما أعمال البر عند الجهاد فى سبيل الله إلا كنفثة فى بحر لجي، وما جميع أعمال البر والجهاد فى سبيل الله عند الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر إلا كنفثة فى بحر لجي" .

وقال: "إياكم والجلوس على الطرقات. قالوا: ما لنا بد، إنما هى مجالسنا نتحدث فيها. قال : فإذا أبيتم إلا ذلك فأعطوا الطريق حقها. قالوا: وما حق الطريق؟ قال : غض البصر، وكف الأذى، ورد السلام، والأمر بالمعروف والنهى عن المنكر" .

وقال أبو عبيدة بن الجراح : قلت: يا رسول الله أى الشهداء أكرم على الله عز وجل؟ قال: "رجل قام إلى وال جائر فأمره بالمعروف ونهاه عن المنكر فقتله، فإن لم يقتله فإن القلم لا يجرى عليه بعد ذلك وإن عاش ما عاش" ...

وقال الحسن البصرى: قال رسول الله ﷺ : "أفضل شهداء أمتى رجل قام إلى إمام جائر فأمره بالمعروف ونهاه عن المنكر فقتله على ذلك، فذلك الشهيد منزلته فى الجنة بين حمزة وجعفر" ...

وقال عمر بن الخطاب رضى الله عنه: سمعت رسول الله ﷺ يقول: "بئس القوم قوم لا يأمرون بالقسط، وبئس القوم قوم لا يأمرون بالمعروف ولا ينهون عن المنكر".

وروى عن أبي سعيد الخدرى أن رسول الله قال: "من رأى منكم منكرا فاستطاع أن يغيره فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فبقلبه، وذلك أضعف الإيمان" ...

340 - واجب وحق معا :

الآيات والأحاديث الكثيرة التى تفرض على الأمة والأفراد واجب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر تؤكد أهمية هذا المبدإ فى شريعتنا، وهو يميزها عن جميع الشرائع.

وقـــد توسعنا فى هذا الموضوع فى دراستنا فى "فقه الشورى والاستشارة" حيث عَدَدْنَـــاه أساس وجوب الشورى والتزام الجميع بقرارات الجماعة باعتبارها استعمالا منها لحقها وواجبها فى الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر أو قياما بهذا الواجب.

وقد أعجبنا ما قاله فقيهنا فى اعتبار الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر صورة من صـــور الدفـــاع الشرعى، الذى وصفه بأنه "عام"، أى أنه دفاع عن قيم المجتمع كله وأمنه وسلامته لا عن شخص المدافع ولا عن أى شخص آخر بعينه.

والمقصود من الدفاع عن المجتمع هو حماية نظامه والقيم والمبادئ السامية التى يعتز بها ويقوم عليها استقراره وتقدمه.

ونحـــن نؤيد حرصه على أن الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر حق وواجب على الجماعـــة وعـــلى كـــل فرد من أفرادها، لأن شريعتنا تخاطب الفرد والجماعة معا، والنصوص القرآنية والأحاديث التى أوردها تؤكد ذلك.

﴿عوده﴾ ٣٤١ـ *ماهية الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر*: المعروف هو كل قول أو فعـل ينبغى قوله أو فعله طبقا لنصوص الشريعة الإسلامية ومبادئها العامة وروحها، كالتخـلق بالأخلاق الفاضلة والعفو عند المقدرة، والإصلاح بين المتخاصمين وإيثار الآخـرة عـلى الدنيـا، والإحسان إلى الفقراء والمساكين، وإقامة المعاهد والملاجئ والمستشـفيات، ونصـرة المظـلوم، والتسوية بين الخصوم فى الحكم، والدعوة إلى الشـورى، والخضـوع لـرأى الجماعة وتنفيذ مشيئتها، وصرف الأموال العامة فى مصارفها، إلى غير ذلك ...

والمنكر هو كل معصية حرمتها الشريعة، سواء وقعت من مكلف أو غير مكلف. فمن رأى صبيا أو مجنونا يشرب خمرا فعليه أن يمنعه ويريق خمره، ومن رأى مجنونا يزنى بمجنونة أو يأتى بهيمة فعليه أن يمنع ذلك. والمنع واجب سواء ارتكب المعصية فى سر أو فى علانية ...

ويعـرف المنكر عند بعض الفقهاء بأنه كل محذور الوقوع فى الشرع[1]. ويفضل هـؤلاء الفقهاء التعبير بمحذور الوقوع على التعبير بالمعصية؛ لأن المنكر عندهم أعم مـن المعصـية ولأنهـم لا يَعُدُّون فعل الصبى والمجنون معصية؛ لأن الفعل فى رأيهم لا يكون معصية إلا إذا كان فاعله عاصيا؛ ولأن المعصية بلا عاص محال ...

والأمر بالمعروف قد يكون قولا محضا كالدعوة إلى التبرع للمنكوبين أو الانخراط فى سلك المجاهدين، وقد يكون الأمر بالمعروف عملا محضا كالتبرع بمبلغ من المال أو الانضـمام إلى المجاهدين، وقد يجتمع القول والعمل كالدعوة إلى الجهاد والانخراط فى سلك المجاهدين، أو كالدعوة إلى إخراج الزكاة وإخراج الداعى لها فعلا ...

والنهى عن المنكر قد يكون قولا محضا كالنهى عن شرب الخمر، وقد يكون عملا محضا كإراقة الخمر أو منع شاربها بالقوة من شربها. وإذا كان النهى عن المنكر قولا، فهو النهى عن المنكر، وإذا كان عملا فهو تغيير المنكر ...

فالأمر بالمعروف إذن هو الترغيب فيما ينبغى عمله أو قوله طبقا للشريعة، والنهى عن المنكر هو الترغيب فى ترك ما ينبغى تركه أو تغيير ما ينبغى تركه طبقا للشريعة[2] ...

---

(١) إحياء علوم الدين المجلد الثانى ج/٧ ص ٣٥ ...

(٢) الفخر للرازى ج/ ٣ ص ٢٠ ...

۞ 341 – تحديد المعروف والمنكر:

صحيح أن المعروف هو ما تقرره الشريعة أو توجبه، والمنكر هو المعصية أو المحرم، ولكن نظرا لما أباحه الشرع من تعدد المذاهب واختلاف الآراء فى الفقه، فعلينا أن نعرف من له الحق فى تحديد الرأى أو اختيار المذهب الذى يلتزم به المجتمع فى مكان وزمان معين .

لو تركنا الأمر لكل فرد يختار ما يراه ويفرضه على الناس، لأصبح الأمر فوضى، ولأصبح مبدأ الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر سببا للمشاحنات والصراعات التى تخل بأمن الجماعة وسلامتها. لذلك، رأينا فى كتابنا "فقه الشورى" أن الجماعة وحدها هى التى يرجع إليها فى الاختيار بين الآراء المتعددة أو المتعارضة بشأن ما تَعُدُّه معروفا أو منكرا. فإذا كان لكل فرد حق الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، وأن يستعمل لسانه ويده فى ذلك عند الضرورة، فإن رأينا هو أن الجماعة وحدها هى التى لها الحق فى تحديد المعروف والمنكر بالشورى الحرة. ولهذا، عَدَدْنا هذا المبدأ مرتبطا بالشورى فى تنفيذه فى كتابنا المشار إليه.

فإذا كانت الجماعة تقر سلوكا معينا وتَعُدُّه مشروعا، ورأى أحد الأفراد أن هذا السلوك منكر مستندا فى ذلك إلى اجتهاده أو إلى رأى من الآراء المتعددة فى كتب التراث، فإننا نرى مع ذلك أنه لا يجوز له أن يدعى لنفسه الحق فى استعمال القوة أو العنف لمنع ما يَعُدُّه هو منكرا لكن الجماعة لا ترى ذلك، ولو كان رأيها خاطئا فى نظره.

إن تصحيح ما يراه الفرد خطأ مما تقره الجماعة ذاتها لا يكون بالأمر بالمعروف أو النهى عن المنكر باستعمال اليد أو القوة، بل سبيله الوحيد هو الدعوة والموعظة الحسنة حتى يستجيب الجمهور لرأيه إن كان هو الصواب حقا.

﴿عوده﴾ ٣٤٢ ـ *التكييف الشرعى للأمر بالمعروف والنهى عن المنكر*: من المتفق عليه بين الفقهاء أن الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ليس حقا للأفراد يأتونه إن شاءوا ويتركونه إذا شاءوا، وليس مندوبا إليه يحسن بالأفراد إتيانه وعدم تركه، وإنما هو واجب على الأفراد ليس لهم أن يتخلوا عن أدائه، وفرض لا محيص لهم من القيام بأعبائه. وقد أوجبت الشريعة الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر لتقوم الجماعة على الخير، وينشأ الأفراد على الفضائل، وتقل المعاصى والجرائم. فالحكومة تأمر بالمعروف وتنهى عن المنكر، والجماعات تأمر بالمعروف وتنهى عن المنكر، والأفراد يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر، وبذلك يستقر أمر الخير والمعروف بين الجماعة، ويقضى على المنكر والفساد بتعاون الصغير والكبير والحاكم والمحكوم ...

والفقهاء – وإن كانوا قد اتفقوا على وجوب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر – إلا أهم اختلفوا فى تحديد هذا الواجب من وجهين : الوجه الأول فى صفة الواجب، والوجه الثانى فيمن يلزمهم هذا الواجب ...

الاختلاف فى صفة الواجب : انقسم الفقهاء فريقين فى تحديد صفة الوجوب، فقال البعض إن الواجب فرض عين، أى : واجب محتم، وعلى كل مسلم أن يؤديه بنفسه على قدر استطاعته ولو كان هناك من هو أقدر منه على تأديته أو من هو على استعداد لتأديته، أو من هو متفرغ لتأديته. وهم يشبهونه بفريضة الحج فهى فرض عين، ولكن على المستطيع. وعندهم أن فريضة الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر آكد من فريضة الحج، ولم تشترط فيها الاستطاعة لأنها مستطاعة دائما. فالاستطاعة فى الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ممكنة لجميع الأفراد: فالجاهل يستطيع أن يأمر بالمعروف فيما هو ظاهر كأداء الصلاة والصوم، وأن ينهى عن المنكر فيما لا يخفى كالسرقة والزنا. والعالم يستطيع أن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر فيما هو ظاهر وفيما هو خفي. ويرى أصحاب هذا الرأى أن فى جعل الواجب فرض عين حفاظا للأمة وحرزا لها من الفساد والتحلل[1] ...

ورأى الفريق الآخر، وهم جمهرة الفقهاء، أن الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر من فروض الكفايات كالجهاد، فهو واجب حتم على كل مسلم، ولكن هذا الواجب

---

(١) تفسير المنار ج/٤ ص/٣٤، ٣٥، أحكام القرآن للجصاص ج/٢ ص/٢٩ ...

عوده يسقط عن الفرد إذا أداه عنه غيره[1]. ويستدلون على ذلك بقوله ﷻ: ﴿ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون﴾[آل عمران:١٠٤]. وعندهم أن من[2] للتبعيض وأن الله ﷻ قال: ﴿ولتكن منكم أمة﴾ ولم يقل كونوا كلكم آمرين بالمعروف، فإذا قام به واحد أو جماعة سقط الحرج عن الآخرين. فهو فرض لأن الله أوجبه بقوله ﷻ: ﴿ولتكن﴾ وهو فرض كفاية لأنه واجب على البعض لا على الكل[3] ...

الاختلاف فيمن يلزمهم الواجب: يرى جمهرة الفقهاء أن الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر واجب على كل أفراد الأمة لقوله ﷻ: ﴿كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر﴾[آل عمران:١١٠]. ويرى بعض الفقهاء أن واجب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر لا يقع إلا على عاتق القادرين على أدائه وهم علماء الأمة دون غيرهم. وحجتهم أن الجاهل ربما نهى عن معروف وأمر بمنكر، وقد يغلظ فى موضع يستوجب اللين، ويلين فى موضع الغلظة، وينكر على من لا يزيده الإنكار إلا تماديا وإصرارا، وأنه ربما عرف الحكم فى مذهب وجهله فى مذهب آخر. وأصحاب هذا الرأى من القائلين بأنه فرض كفاية، وعندهم أنه ما دام الواجب على الكفاية، فإنه يسقط عن البعض إذا قام به البعض الآخر، وهذا يتفق تماما مع تخصيص العلماء بهذا الواجب[4].

ويرد على هؤلاء بأن الواجب لا يسقط بتحميله للبعض دون البعض، وإنما يسقط بالأداء. فإذا لم يقم به العلماء فهو فرض على غيرهم. وفضلا عن ذلك، فإن طبيعة الواجب على الكفاية تقتضى أن يلتزم به الكل، ويظلوا مسئولين عنه حتى يؤديه بعضهم فيسقط عن الباقين بالأداء. ثم إن وضع واجب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر على عاتق الجاهل لن يؤدى إلى الأضرار التى يتوقعونها؛ لأن الجاهل بطبيعة الحال لا يأمر ولا ينهى إلا فيما هو ظاهر لا خلاف عليه كأداء الصلاة والنهى عن السرقة والزنا ...

---

(١) الفخر الرازى ج/٣ ص/١٩، الكشاف للزمخشرى ج/١ ص/٣١٩، أحكام القرآن لابن العربى ج/١ ص/١٢٨، أحكام القرآن للقرطبى ج/٤ ص/١٦٥، أحكام القرآن للجصاص ج/٢ ص/٢٩، أسنى المطالب ج/٤ ص/١٧٩، مواهب الجليل ج/٣ ص/٣٤٨ ...

(٢) يرى الفريق الأول أن من للبيان وليس للتبعيض ...

(٣) إحياء علوم الدين المجلد الثانى ج/٧ ص/٥ ...

(٤) الفخر للرازى ج/٣ ص/٢٠، الكشاف للزمخشرى ج/١ ص/٣١٨، مجموعة الرسائل الحسية لابن تيمية ص/٣٢ : ٦٦ .

۞ 342 – نوع الحق والواجب:

المــبدأ الــذى قررناه بأن الشورى هى السبيل الشرعى الوحيد فى تحديد ما هو المعروف والمنكر، معناه أن يشترك جميع أفراد المجتمع بحرية كاملة فى الحوار والاختيار بالشــورى الحــرة لــتحديد ما هو المعروف والمنكر. فالقرار يكون للجمهور، أى الأغلبية. فلا يجوز أن يدعى شخص أو مجموعة أو أقلية من الناس أن لهم وحدهم هذا الحق. أما استعمال هذا الحق أو أداء هذا الواجب، فالراجح أنه من فروض الكفاية. أى أنه إذا قام به فرد أو جماعة، فإنه يسقط عن الأمة أو الجماعة كلها. أما إذا لم يقم بــه أحد فإن الجماعة كلها آثمة، والإثم يكون مشتركا وعاما، وهذا هو ما حذر منه الحديــث الشــريف بقوله: "لتأمرن بالمعروف وتنهون عن المنكر أو ليسلطن عليكم شراركم ثم يدعو خياركم فلا يستجاب لهم".

وأصــرح من ذلك قول رسولنا الكريم: "ما من قوم عملوا بالمعاصى وفيهم من يقدر أن ينكر عليهم فلم يفعل إلا يوشك أن يعمهم الله بعذاب من عنده" .

ومــع وجــوب هذه الفريضة، فإن الإنسان الفرد لا يلتزم بأدائها إلا فى حدود قدرتــه واستطاعته، لذلك فإنه يفهم من الآية الكريم: ﴿ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخــير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر﴾ [آل عمران:104]، أن الجماعة من واجــبها أن يكون بها مؤسسة قادرة على أداء هذا الواجب، وعلى نصرة الفرد الذى يتصــدى لــه إذا استعان بها. لكن إنشاء مثل هذه المؤسسة يكون بالشورى الحرة. ونرى أنها يجب أن تكون مستقلة عن القائمين بالسلطة التنفيذية لكى يكون لها الحق فى أن تأمرهم وتنهاهم كما تأمر غيرهم من الأفراد .

لهذا السبب، فإننا نرى أن ما يدعيه بعض أصحاب السلطة وفقهاء السلاطين من أنهم ينشئون مؤسسة حكومية تحتكر الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر وينكرون على الأفراد هذا الحق؛ رأى لا نقره وهو شرعا غير جائز؛ لأنها بذلك ستكون أداة أخرى من أدوات السلطة، ولا تستطيع مراقبة من يتولون الأمر ويمارسون السلطة – مع أن هــذا المــبدأ بنص الأحاديث الواردة، قصد به أولا كبح جماح من يسيئون استعمال السلطة أو يسيئون التصرف فى أموال الجماعة وحقوقها .

❁ ماهو المعروف وما هو المنكر تحدده الجماعة بالشورى ولا يستقل فرد به مهما يكن:

ومـــا قـــرره فى نهاية البنود من أن الفرد لا يأمر ولا ينهى إلا فيما هو ظاهر لا خـــلاف عـــليه، يؤيـــد ما قلناه فى البند السابق من أن تحديد المعروف والمنكر عند الاختلاف هو للجماعة لا للفرد .

لكن إشارته إلى الفرد "الجاهل" لا تعنى أن العالِم له الحق فى أن يشذ عن الشورى أو يـــنفرد بالرأى؛ فالأمر شورى والشورى الحرة شاملة للجميع. وإذا كان العالم أقدر على استيعاب النصوص والأحكام، فإن بعض العلماء لا يتنزهون عن الأهواء وخاصة منهم من يعملون لحساب ذوى السلطان الذين يسمونهم "فقهاء السلاطين" ..

وهـــذا الـــتحيز الظاهر فى نظرنا يدخل فى باب الفسق الذى يرى الفقهاء أنه يحرم الشـــخص ولو كان عالما من ادعاء الحق فى الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر كما هو واضح فى البند التالى.

〈عوده〉 ٣٤٣ ـ *الشروط الواجب توافرها فى الآمر بمعروف والناهى عن منكر:* رأينا فيما سبق أن جمهرة الفقهاء توجب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر على أفراد الأمة كافة لا على فئة معينة منها. ولكنهم مع ذلك يشترطون شروطا خاصة فيمن يأمر بالمعروف أو ينهى عن المنكر، وبعض هذه الشروط يرجع إلى طبيعة الواجب، وإلى مبادئ الشريعة العامة، وبعضها متفق عليه، وبعضها مختلف فيه، وهى جميعا لا تخرج عن خمسة شروط :

– الشرط الأول ... التكليف : يشترط فيمن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر أن يكون مكلفا أى مدركا مختارا. وهذا الشرط لازم إذا نظر إلى وجوب الأمر والنهي؛ لأن ترك القيام بالواجب يؤدى إلى مسئولية التارك، ولا مسئولية على غير مكلف طبقا لقواعد الشريعة العامة. وعلى هذا، فالأمر بالمعروف والنهى عن المنكر بحُسبانه واجبا لا يجب إلا على مكلف ...

وعَدُّ الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر واجبا لا يمنع غير المكلف من الأمر والنهى بحُسبانهما قربة من القربات[1]، لأن غير المكلف أهل للقربات، وله أن يأتى القربات ولو أنها لا تجب عليه، ولا يجوز منعه من إتيانها، ولكن له هو إن شاء أن يمتنع من نفسه عن إتيانها، كصلاة الصغير وصومه، فإن الصلاة لا تجب عليه، وكذلك الصوم فإذا أتى أحدهما كان عمله قربة، ولم يجز لأحد أن يمنعه من الصلاة أو الصوم، لكن إذا شاء الصغير أن يمتنع فلا إثم عليه فى الامتناع. وعلى هذا، فإن الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر إذا لم يكن واجبا على غير المكلف فهو حق له يأتيه إن شاء ويتركه إن شاء. فالصبى المراهق للبلوغ له وإن لم يكن مكلفا إنكار المنكر، وله أن يريق الخمر ويكسر أدوات الملاهي، وإذا فعل ذلك نال به ثوابا، ولم يكن لأحد منعه على اعتبار أنه غير مكلف به ...

الشرط الثانى ... وهو الإيمان : يشترط فيمن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر أن يكون مؤمنا بالدين الإسلامي، فالمسلم وحده هو الذى يقع على عاتقه واجب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، أما غير المسلم فلا يلتزم بهذا الواجب[2] ...

---

(١) إحياء علوم الدين المجلد الثانى ج / ٧ ص / ١٤ ...

(٢) إحياء علوم الدين المجلد الثانى ج / ٧ ص / ١٥ ...

عوده ﴿ وقد روعى فى اشتراط هذا الشرط ترك الحرية التامة لغير المسلم فى أن يعتقد ما يشاء وحمايته من الإكراه على اعتناق ما يخالف عقيدته. فالأمر بالمعروف والنهى عن المنكر يدخل فيه الأمر بكل ما أوجبت الشريعة عمله أو حببت للناس فعله من صلاة وصيام وحج وتوحيد وغير ذلك. والنهى عن المنكر يدخل فيه النهى عن كل ما خالف الشريعة من أفعال وعقائد، فيدخل فيه النهى عن التثليث وعن القول بصلب المسيح وقتله، ويدخل فيه النهى عن الترهب وعن شرب الخمر وعن أكل لحم الخنزير، وغير ذلك مما تخالف فيه الشريعة الإسلامية الأديان الأخرى. فلو ألزم غير المسلم بواجب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر لألزم بأن يقول بما يقول به المسلم، وبأن يعتقد ما يعتقده المسلم، ولألزم بأن يبطل عقيدته الدينية ويظهر عقيدة الإسلام، وهذا هو الإكراه فى الدين الذى تحرمه الشريعة الإسلامية فى قوله ﷻ: ﴿لا إكراه فى الدين﴾ [البقرة:٢٥٦]. فمن أجل حماية حرية العقيدة جعل هذا الواجب على المسلم دون غيره ...

الشرط الثالث ... وهو القدرة : ويشترط فى الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر أن يكون قادرا على الأمر والنهى وتغيير المنكر، فإن كان عاجزا فلا وجوب عليه إلا بقلبه، أى : عليه أن يكره المعاصى وينكرها ويقاطع فاعليها ...

وسقوط الواجب لا يترتب على العجز الحسى وحده، بل يلحق بالعجز الحسى خوف الآمر والناهى من أن يصيبه مكروه، أو أن يؤدى نهى الناهى إلى منكر شر من المنكر الذى نهى عنه، ففى هذين الحالين يسقط الواجب أيضا. فمن علم أن أمره أو نهيه لن ينفع وأنه سيضرب إذا تكلم لم يجب عليه أمر أو نهي، وعليه فقط أن يكره المعصية وينكرها بقلبه ويقاطع فاعليها وألاّ يحضر مواضع المعاصى والمناكر. ومن علم أن نهيه إذا نهى عن منكر سيؤدى إلى إزالته أو إلى أن يزول ويخلفه ما هو أقل منه رتبة فقد وجب عليه النهى عن المنكر، وإذا علم أن النهى عن المنكر سيؤدى إلى منكر آخر فى درجته فهو بالخيار إن شاء منع المنكر ونهى عنه، وإن شاء تركه بحسب ما يؤديه إليه اجتهاده. أما إذا علم أن إزالة المنكر ستؤدى إلى ما هو أشر منه فقد سقط عنه الواجب، بل حرم عليه النهي. ومن الأمثلة على ذلك أن يجد مع شخص شرابا حلالا نجس بسبب وقوع نجاسة فيه ويعلم أنه لو أراقه لشرب صاحبه الخمر فلا معنى لإراقته. ومثل ذلك ما حدث من ابن تيمية، فقد مر هو وبعض أصحابه فى زمن التتار

﴿عوده﴾ بقوم منهم يشربون الخمر، فأنكر عليهم أصحاب ابن تيمية شرب الخمر، ولكن ابن تيمية أنكر على أصحابه قولهم. إنما حرم الله الخمر؛ لأنها تصد عن ذكر الله وعن الصلاة، وهؤلاء تصدهم الخمر عن قتل النفوس وسبي الذرية، وأخذ الأموال، فدعوهم وخمرهم[1] ...

ومن علم أن أمره أو نهيه لا يفيد ولكنه لم يخف مكروها، فلا يجب عليه الأمر والنهي[2] لعدم فائدتهما، ولكن يستحب له أن يأمر وينهى لإظهار شعائر الإسلام وتذكير الناس بأمر الدين[3] ...

ومن استطاع أن يبطل المنكر بفعله، ولكنه يعلم أنه يصاب بمكروه بسبب تعرضه لإبطال المنكر، فلا يجب عليه إبطال المنكر، ولكن يستحب له أن يبطله[4]، كمن يقدر على إراقة الخمر أو تكسير أدوات اللهو، ولكنه يعلم أنه سيضرب إن فعل هذا، فلا يجب عليه إبطال المنكر، وإنما يستحب له أن يبطله لا بِعَدِّه واجبا، بل بِعَدِّه قربة من القربات ...

ويلحق بالعجز الحسى العجز العلمي، فالعامى لا يجب عليه الأمر والنهى إلا فى الجليات المعلومة كشرب الخمر والزنا والسرقة وترك الصلاة، وفيما عدا الجليات المعلومة لا يجب عليه أمر ولا نهي؛ لأنه يعجز عن فهم حقائقها ومعرفة فقهها ولو سمح له بالخوض فيها لكان ما يفسده أكثر مما يصلحه[5] ...

ولا يشترط فى إسقاط الواجب بالعجز وما يلحق به أن يكون العجز وما فى حكمه معلوما علما محققا، بل يكفى فيه الظن الغالب؛ لأن للظن الغالب فى هذه الحالات معنى العلم وحكمه. فمن غلب على ظنه أن إنكاره لا يفيد لم يجب عليه إنكار، ومن غلب

---

(١) إحياء علوم الدين المجلد الثانى ج/٧ ص/٢٦ ومابعدها، أعلام الموقعين الجزء الثالث ص/٢٨، مجموعة الرسائل الحسبية ص/٦٧، ٦٨ ...

(٢) إحياء علوم الدين المجلد الثانى الجزء السابع ص/٢٦ ...

(٣) يرى البعض أن الواجب لا يسقط فى هذه الحالة، راجع أسنى المطالب الجزء الرابع ص/١٨٠ .

(٤) إحياء علوم الدين المجلد الثانى الجزء السابع ص / ٢٦ ...

(٥) إحياء علوم الدين المجلد الثانى الجزء الخامس ص/ ٢٨، تفسير المنار الجزء الرابع ص/٣٤ ...

﴿عوده﴾ علـــى ظنه أنه يصاب بمكروه لم يجب عليه، وإن غلب على ظنه أنه لا يصاب وجب عليه، أما إذا شك فيه من غير رجحان، فإن الشك لا يسقط الوجوب[1] ...

الشرط الرابع وهو العدالة : يشترط بعض الفقهاء هذا الشرط، فيرون أن الآمر بالمعروف والناهى عن المنكر لا يصح أن يكون فاسقا، ويحتجون بقوله ﷻ :﴿أتأمرون الـــناس بالبر وتنسون أنفسكم﴾ [البقرة : ٤٤]. وبقوله ﷻ : ﴿يأيها الذين آمنوا لم تقولون مالا تفعلون * كبر مقتا عند الله أن تقولوا ما لا تفعلون﴾ [الصف :٢، ٣]. وعندهم أن هداية الغير فرع للاهتداء، وتقويم الغير فرع للاستقامة، وأن العاجز عن إصلاح نفسه أشد عجزا عن إصلاح غيره ...

ولكن الرأى الراجح لدى الفقهاء : أن للفاسق أن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر، وأنه لا يشترط فى الآمر أو الناهى أن يكون معصوما عن المعاصى كلها؛ لأن فى اشتراط هذا الشرط سد لباب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، ولهذا قال سعيد بن جبير: "إن لم يأمر بالمعروف ولم ينه عن المنكر إلا من لا يكون فيه شيء لم يأمر أحد بشيء".

والأصل أن الفاسق يفسق بإتيانه المعاصي، أي: بإتيانه المحرمات وترك الواجبات، فإذا حـــرم على الفاسق أن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر كان معنى ذلك أن ترك الواجب يسقط غيره من الواجبات، وأن الواجب يصير حراما بارتكاب حرام آخر.

وليـــس فى الآيـــتين اللـــتين استدل بهما الفريق الأول ما يمنع الفاسق من الأمر بالمعـــروف والـــنهى عن المنكر، وإنما جاءتا بالنعى على من يأمر بالمعروف ولا يأتيه وينهى عن المنكر ويأتيه ، والمقصود منهما أن يجعل الإنسان فعله مصدقا لقوله ليكون لقوله أثره ونتيجته المرجوة[2] ...

الشرط الخامس وهو الإذن : ويشترط بعض الفقهاء فيمن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر أن يأذن له الإمام أو الحاكم بذلك، وحجتهم أن الإمام أو الحاكم يستطيع اختيار من يحسن القيام بهذه الوظيفة، وإن تركها إلى الأفراد دون قيد ولا شرط يؤدى إلى الفساد والفتن. ولكن جمهرة الفقهاء على خلاف هذا الرأي، ولا يشترطون للأمر بالمعروف والنهى عن المنكر إذن شخص أو هيئة ما، ويرون أن تخصيص أناس من قبل

(١) إحياء علوم الدين الجزء الخامس ص / ٢٨، ٢٩ ...

(٢) إحياء علوم الدين المجلد الثانى الجزء الخامس ص/١٥ : ١٧، اكتشاف الجزء الأول ص/ ٣١٩، أحكام القرآن للجصاص ص/٣٣ الجزء الثانى ...

<عوده> الإمام لأداء هذه الوظيفة لا يمنع غيرهم من القيام بها، وحجتهم أن النصوص الـــواردة فى الأمــــر بالمعـــروف والنهى عن المنكر خاصة توجب على كل فرد الأمر بالمعـــروف والنهى عن المنكر، وتجعل كل من رأى منكرا فسكت عليه عاصيا وتضع عـــلى عاتقـــه أن ينهى عنه أينما رآه وكيفما رآه. فالتخصيص بشرط التفويض من الإمام تحكم لا أصل له. وفضلا عن ذلك، فإن الإمام والحاكم ممن يوجه إليهم الأمر بالمعـــروف والنهى عن المنكر، وإذا كان من الواجب أمر الإمام بالمعروف ونهيه عن المنكر فكيف يحتاج فى إذنه لتأدية الواجب ؟!...

والرأى الأخير هو الرأى الذى جرى عليه العمل فى كل العهود حتى فى الأوقات التى خصص فيها الخلفاء والولاة رجالا معينين للأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، فإن هـــذا التخصيص لم يمنع أى فرد من أفراد الأمة عن القيام بهذا الواجب. بل لقد كان بعـــض الأفراد يتصدون إلى الولاة والخلفاء فيأمروهم بالمعروف وينهوهم عن المنكر، ويتصـــدون لتغيير المنكر بأيديهم فلا يستطيع الخلفاء والولاة أن يقولوا لمن فعل شيئا من ذلك إنك مخطئ[1] ...

والذيـــن يشـــترطون إذن الإمام يقصدون من هذا الشرط تنظيم الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، ولا يقصدون تحريمها على من لم يؤذن له. فمن لم يؤذن له إذا وجد جماعة يشربون خمرا فكسر دنانهم وأراق خمرهم، أو وجد رجلا يزنى ولم يستطع منعه إلا بقتله فقتله، لا يُعَدُّ أنه ارتكب جريمة الإتلاف أو جريمة القتل؛ لأن الفعلين مباحان له بنصوص الشريعة الصريحة، وإنما يعاقب على مخالفته أمر الإمام أو استخفافه بأوامر السلطة التنفيذية...

---

(١) تفسير المنار ج/٤ ص/٣٣ وما بعدها، إحياء علوم الدين المجلد الثانى ج/٧ ص/١٩ ومابعدها، احكام القرآن للجصاص ج/٢ ص/٣٣، البحر الرائق ج/٥ ص/٤٥، أسنى المطالب ج/٤ ص/١٧٩ ومابعدها، مواهب الجليل ج/٣ ص/٣٤٨، الكشاف ج/١ ص/٣١٩ ...

343 – الأهلية لأداء هذا الواجب :

الشروط التى ذكرها هى ما استقر عليه الفقه فى عمومه، ومع ذلك فهناك مسائل تحتاج إلى ترجيح وتوضيح. فتعليله لحرمان غير المسلم من هذا الحق بأن ذلك قد يتعارض مع عقيدته يجعلنا نقترح أن تكون مباشرته لهذا الواجب فى حدود ما لا مجال للخلاف فيه بسبب العقيدة. فهناك مجال مشترك لجميع العقائد فى تحريم الظلم والبغى والعدوان، فمن حق غير المسلم وواجبه أن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر فى هذا المجال، فلا يحرم من حقه فى الاعتراض على من يرتكب سرقة أو ظلما أو عدوانا ..

هذا هو رأينا – فالإيمان فى نظرنا ليس شرطا من شروط الأهلية فى الفرد الذى يمارس الحق، وإنما هو شرط فى الجماعة التى تحدد ما هو المعروف والمنكر؛ فمتى استقر جمهورها (المؤمن) على تحديد ما هو المنكر، فإن لكل فرد ينتمى إليها أن يمارس حقه فى هذا النطاق. ولا يجوز للمواطن غير المسلم أن يفرض رأيا مخالفا لذلك بحجة أن عقيدته تفرض عليه ذلك، لأن المسلم أيضا ملتزم برأى الجماعة أى جمهورها وأغلبيتها فى تعريف المنكر كما قدمنا من قبل .

والشرط الثالث له أهمية خاصة – وإن كان يتجاوز نطاق الأهلية أو الصلاحية – وهو خاص بحدود ما يجوز القيام به لمنع المنكر، لأن الفقه مستقر على أنه لا يجوز ارتكاب منكر بحجة الأمر بالمعروف أو النهى عن المنكر ..

وما يسميه الشرط الخامس الذى ينسبه "لبعض الفقهاء" الذين يقولون بوجوب الحصول على إذن "الإمام" لا محل له فى نظرنا ولا أصل له، إلا إذا كان البعض يذهب إليه إرضاء لذوى السلطان وتقربا لهم ويساعدهم على حرمان الأفراد من الاعتراض على بغيهم وتجاوزهم لحدود السلطة أو إساءة استخدامها لمصالحهم الخاصة إلا إذا أذنوا له بذلك.

لقد قلنا إن تحديد المعروف والمنكر حق للجماعة وحدها بالشورى، فهى تعلن ما تراه معروفا أو منكرا، لكننا لا نوافق على إعطاء ذلك الحق لمن يغتصبون السلطة أو يستولون عليها بالغَلَب دون شورى حرة بحجة أنه يصف نفسه بأنه "ولى الأمر"، فهذه تسميه لا يصح إطلاقها فى فقهنا وشريعتنا إلا على من يتولون الأمر بالشورى الحرة ويكونون مختارين من الجماعة اختيارا حرا – ولذلك فإن الشيخ / محمد عبده يرى أن

❁ – ليس من حق المجتهد أن يلزم الناس برأيه – ومن باب أولى غير المجتهدين ممن يمارسون السلطة التنفيذية :

مبدأ الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر يوجب انتخاب مجلس نيابى يمثل الجماعة فى هذا المجال، وغيره من حقوقها وسلطاتها.

أكثر من ذلك، فإن من يختاره المسلمون لولاية السلطة التنفيذية لا يجوز له أن يتجاوز حدودها ويدعى لنفسه الاجتهاد فى الشريعة وإلزام الناس بما يراه؛ لأن الاجتهاد له أصوله وقواعده، وهو من اختصاص أهل العلم والفكر المستقلين تماما عن السلاطين وأهوائهم. فقد سمعت بنفسى أحد الرؤساء يصعد المنبر ويقول : "إنه ولى الأمر وإنه رأى ألا داعى للصوم فى رمضان لأن ذلك يعطل "التنمية والاقتصاد"، وإن من حقه أن يأمرهم بعدم الصوم". وهذا تجاوز لحدود السلطة التنفيذية التى يدعى أن الشعب اختاره لها بأغلبية ساحقة. لكن هذه الولاية التى يدعيها حتى ولو كانت صحيحة لا تجيز له الاجتهاد، الذى هو فى شريعتنا مهمة علمية يقوم بها المفكرون والفقهاء. بل وليس من حق أحد العلماء أو المجتهدين أن يفعل ما فعله هذا الرئيس بأن يصعد على المنبر ويعلن أنه يلزم الناس برأيه. بل إن آراء المجتهدين يجب أن تعرض على الناس فى صورة فتاوى ولأهل الشورى أو أهل الاجتهاد الممثلين للأمة وحدهم اختيار هذا الرأى أو ذاك من الآراء الفقهية المتعددة الصادرة عن الأئمة والمجتهدين[1]، لا عن السلاطين أو الحكام أو الأمراء أو أمثالهم من الرؤساء وحتى لو كانوا مختارين لولاية الأمر التنفيذى .. لأن الأمر الذى اختيروا له هو تنفيذ أحكام الشريعة لا تعديلها ولا تعطيلها بحجة أن لهم حق الاجتهاد .. لأن شريعتنا لا تعترف بهذا الحق إلا لأهل الاجتهاد، وأكثر من ذلك لا تجيز شريعتنا لمن يجتهدون أن يلزموا الناس بآرائهم، لأن للأفراد والجماعات كامل الحرية فى اختيار المذهب أو الرأى الذى يقلدونه ويلتزمون به بمحض اختيارهم.

---

(1) ويروى عن الإمام / أبى حنيفة قوله المشهور: "علمنا هذا رأى، فمن جاءنا بأحسن منه قبلناه"، أى أن أى إمام مجتهد يقدم آراءه للناس ولا حق له فى إلزامهم برأيه، لأن لهم الحق فى الأخذ بآراء غيره. وهذه هى حرية "التقليد".

﴿عوده﴾ ٣٤٤ـ *شروط الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر*: ليس للأمر بالمعروف شروط خاصة ولا أوقات خاصة؛ لأن الأمر بالمعروف نصيحة وهداية وتعليم، وكل ذلك جائز فى كل وقت وفى كل مناسبة. أما النهى عن المنكر وتغييره فله شروط خاصة يجب توفرها لجواز النهى أو التغيير، وهذه الشروط هى :

(١) وجود منكر. (٢) وأن يكون موجودا فى الحال.

(٣) وأن يكون ظاهرا دون تجسس. (٤) وأن يدفع المنكر بأيسر ما يندفع به...

الشرط الأول : وجود منكر : يشترط لجواز النهى عن المنكر أو تغيير المنكر أن يكون هناك منكر. والمنكر هو كل معصية حرمتها الشريعة أو هو كل ماكان محذور الوقوع فى الشرع. ويستوى أن يكون فاعل المنكر مكلفا أو غير مكلف، فمن رأى صبيا أو مجنونا يشرب الخمر فعليه أن يريق خمره ويمنعه، وكذا إن رأى مجنونا يزنى بمجنونة أو يأتى بهيمة فعليه أن يمنعه. ولا فرق بين الصغيرة والكبيرة فى النهى عن المنكر أو تغيير المنكر، فكشف العورة فى الحمام والخلوة بالأجنبية، وإتباع النظر للنسوة الأجنبيات، كل ذلك منكر وإن كان من الصغائر ويجب النهى عنه ومنعه[١]..

ولكن يشترط فى المنكر أن يكون منكرا معلوما دون حاجة لاجتهاد، فكل ما هو محل للاجتهاد لا محل للنهى عنه أو تغييره. فليس للحنفى مثلا أن ينكر على شافعى أكله الضب والضبع، وليس للشافعى أن ينكر على حنفى نكاحا لا ولى فيه[٢] .

الشرط الثانى : أن يكون موجودا فى الحال : ويشترط فى المنكر أن يكون حالا بمعنى أن تكون المعصية راهنة وصاحبها مباشرا لها وقت النهى أو التغيير كشربه الخمر أو خلوته بأجنبية. فإذا فرغ من المعصية، فليس ثمة مكان للنهى عن المنكر أو تغييره، وإنما هناك محل للعقاب على المعصية والعقاب من حق السلطات العامة وليس للأفراد، فإذا اعترض شخص الجانى فجرحه أو آذاه أو شتمه فهو مرتكب لجريمة، أما إن فعل ذلك فى أثناء مباشرة المعصية وكان المنع عنها يقتضى هذا الفعل فهو ناه عن منكر أو مغير لمنكر ولا يُعَدّ فعله جريمة؛ لأن فعله أداء لواجب ...

---

(١) إحياء علوم الدين المجلد الثانى ج / ٧ ص ٣٥، ٣٦...

(٢) المرجع السابق ص ٣٧، ٣٨ ، أسنى المطالب ج ٤ ص ١٨٠...

﴿عوده﴾ وإذا كانت المعصية متوقعة الحصول كمن يعد الموائد ويزين المجلس استعدادا لشرب الخمر فليس على مثل هذا من سبيل إلا بالوعظ والنصح، وما زاد على ذلك كالتعنيف والشتم والضرب فهو جريمة. بل إن الوعظ أو النصح لا يجوز إذا أنكر عزمه على الشرب؛ لأن فى الوعظ والنصح بعد إنكاره إساءة ظن بالمسلم .

الشرط الثالث : أن يكون ظاهرا دون تجسس أو تفتيش : يشترط للنهى عن المنكر أو تغييره أن يكون المنكر ظاهرا بغير تجسس أو تفتيش، فإذا توقف إظهار المنكر على التجسس أو التفتيش لم يجز إظهار المنكر؛ لأن الله حرم التجسس فى قوله: ﴿ولا تجسسوا﴾ [الحجرات:١٢]، ولأن للبيوت حرمة وللأشخاص حرمة لا يجوز انتهاكها قبل أن تظهر المعصية؛ ولأن الرسول ﷺ نهى عن تتبع عورات الناس، فقال لمعاوية: "إنك إن تتبعت عورات الناس أفسدهم أو كدت تفسدهم" .

وقال عليه السلام: "يا معشر من آمن بلسانه ولم يدخل الإيمان قلبه لاتغتابوا المسلمين ولا تتبعوا عوراتهم، فإنه من يتبع عورة أخيه المسلم يتبع الله عورته، ومن يتبع الله عورته يفضحه ولو كان فى جوف بيته". وقد استقر الأمر فى الشريعة على هذا من أول يوم. ومما يذكر فى هذا الباب ما حدث من عمر رضى الله عنه، فقد تسلق دار رجل فوجده على معصية، فأنكر عليه. فقال: يا أمير المؤمنين إن كنت أنا قد عصيت الله من وجه واحد، فأنت قد عصيته من ثلاثة أوجه، فقال: وما هى؟ فقال: قد قال الله ﷻ : ﴿ولاتجسسوا﴾ ، وقد تجسست، وقال ﷻ : ﴿وأتو البيوت من أبوابها﴾ [البقرة:١٨٩]. وقد تسورت من السطح، وقال ﷻ : ﴿لاتدخلوا بيوتا غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها﴾[النور:٢٧]. وما سلمت، فتركه عمر وشرط عليه التوبة. وإذا كان عمر قد تركه فلم يعاقبه ولم يغير المنكر فذلك؛ لأن دخول المسكن هو الذى أظهر المنكر، وهو دخول بغير حق ومن غير وجهه. ومثل هذا ما رواه عبد الرحمن بن عوف قال : "خرجت مع عمر رضى الله عنه ليلة فى المدينة فبينما نحن نمشى إذ ظهر لنا سراج فانطلقنا نؤمه. فلما دنونا منه إذا باب مغلق على قوم لهم أصوات ولغط، فأخذ عمر بيدى وقال : أتدرى بيت من هذا ؟ قلت: لا. فقال: هذا بيت ربيعة بن أمية بن خلف وهم الآن شرب فما ترى؟ قال : أرى أنا قد أتينا ما نهانا الله عنه، قال الله ﷻ:﴿ولا تجسسوا﴾ فرجع عمر وتركهم".

﴿عوده﴾ وتحريم التجسس والتفتيش يترتب عليه أنه لا ينبغى لإنسان مثلا أن يسترق السمع على دار غيره ليسمع صوت الغناء والأوتار، ولا أن يستنشق ليدرك رائحة الخمر والحشيش، وليس لإنسان أن يتحسس ملابس شخص ليعرف ما يخفيه تحتها، ولا أن يدخل بيته ليعرف أى شيء يخفيه فيه، بل ليس له أن يستخبر من جيرانه ليخبروه بما يجرى فى داره[1] ...

لكن إذا غلب على الظن استسرار شخص بالمعاصى لأمارات دلت على ذلك أو لخبر يغلب على الظن صدقه كشم رائحة الحشيش خارجة من مسكن شخص، أو سماع صوت عيار أو استغاثة، أو أن يخبره من يثق بصدقه أن رجلا خلا بامرأة ليزنى بها أو برجل ليقتله، فيجوز فى مثل هذه الحالات التجسس والبحث والتفتيش، حذرا من فوات ما لا يستدرك من انتهاك المحارم وارتكاب المحظورات[2] ...

والأصل أن من أغلق باب داره وتستر بحيطانه فلا يجوز الدخول عليه بغير إذنه لتعرف المعصية والبحث عنها. لكن إذا أخبر ابتداء من غير استخبار شخصان أو شخص واحد على رأي[3] بأن فلانا يرتكب المعاصى فى بيته جاز دخول البيت دون إذن. كذلك يجوز الدخول دون إذن إذا ظهرت المعصية فى الدار ظهورا يعرفه من الخارج كظهور رائحة الخمر وأصوات السكارى[4]...

ودلالة الشكل كدلالة الرائحة والصوت، وما ظهرت دلالته فهو غير مستور، بل هو مكشوف. وقد أمرنا بأن نستر ما ستر الله وننكر على من أبدى لنا صفحته حيث يقول الرسول ﷺ : "من أتى شيئا من هذه القاذورات فليستتر بستر الله، فإنه من يبد لنا صفحته نقم حد الله تعالى عليه". والإبداء أى : إبداء الصفحة له درجات فتارة يبدو لنا بحاسة السمع وتارة بحاسة الشم وتارة بحاسة البصر وتارة بحاسة اللمس، ولا يمكن أن نخصص ذلك بحاسة البصر وحدها، إذ المراد العلم وغلبة الظن، وهذه الحواس تفيد العلم وغلبة الظن كما يفيدها البصر ...

---

(١) إحياء علوم الدين المجلد الثانى ج/٥ ص / ٣٤ ...

(٢) الأحكام السلطانية ص / ٢١٨ ...

(٣) أسنى المطالب ج/٤ ص/١٨٠، الأحكام السلطانية ص / ٢١٨ ...

(٤) إحياء علوم الدين المجلد الثانى ج/٥ ص/ ٣٦، ٣٧، ٤٤...

﴿عوده﴾ الشـــرط الرابع : دفع المنكر بأيسر ما يندفع به. يشترط فى دفع المنكر أن يدفع بما يدفعه وبأيسر ما يدفعه، فلا يجوز أن يدفع بأقل مما يدفعه ما دام الدافع قادرا عـــلى دفعه بالأكثر، ولا يجوز أن يدفع بأكثر مما يدفعه؛ لأن ما زاد على الحاجة يُعَدُّ جـــريمة، ولكن يجوز دفع المنكر بأقل مما يدفعه فى حالة عدم القدرة. فإذا كان المنكر يدفـــع باليد ولم يكن الدافع قادرا على هذه الوسيلة دفعه بلسانه فإن لم يستطع دفعه بقلبه ...

ودفع المنكر بما يندفع به يقتضى أن تختلف وسائل دفع المنكر باختلاف نوع المنكر واختلاف حال فاعله؛ لأن ما يندفع به شخص قد لا يندفع به آخر، وما يصلح لدفع منكر لا يصلح لدفع منكر آخر ...

344 – النهي عن المنكر :

قـــد يصل النهى عن المنكر أو منعه إلى اتخاذه مبررا لارتكاب أعمال تُعَدُّ من قبيل التدخل فى سلوك الغير أو التعرض لحرياتهم، ولذلك وضعت له شروط تمنع من تجاوز حدود الضرورة أو ارتكاب منكر بحجة دفع منكر آخر.

وقـــد أشرنا من قبل إلى أن وصف المنكر فى الشئون الخلافية هو من حق جمهور الأمة، وليس للفرد أيا كان أن يدعى لنفسه الأمر بغير ما يراه عامة الناس لأن كلمة المنكر والمعروف تفيد توافق الناس على ذلك، وهذا هو ما عبر عنه فقيهنا بقوله: "إن المـــنكر لابـــد أن يكون معلوما لعامة الناس دون حاجة لاجتهاد من قبل الفرد الذى يريد منعه". كما أنه لا يجوز التجسس أو استراق السمع بحجة التنقيب عن المنكرات أو التفـــتيش عـــلى الناس، لأن الأصل أن هذه الأفعال منكرات ولا يجوز ارتكاب منكرات من قبل الفرد أو حتى من قبل السلطة العامة بحجة البحث عن منكرات أو منعها .. لأن ما يجيزه الشرع يجب أن يكون فى نطاق الأعمال المشروعة. ومن حسن الحظ أن فقهاءنا قد أوفوا هذه الناحية حقها من الشرح والتدليل.

وقـــد نقل المؤرخون وكتاب السير عن الفاروق أمير المؤمنين عمر بن الخطاب أنه اعترف بخطئه واعتذر عن اقتحامه منزلا لمنع منكر استدل عليه بأصوات استرقها فى أثناء سيره ليلا؛ واحتج من كانوا بالمنزل وأقنعوه بأنه لم يكن له حق فى انتهاك حرمة منزل مسكون بحجة منع منكر ...

﴿عوده﴾ ٣٤٥ ـ *وسائل دفع المنكر*: وقد حصر بعض الفقهاء[١] الوسائل الصالحة لدفع المنكر فى سبع وسائل وهى : التعريف، والنهى بالنصح والوعظ، والتعنيف، والتغيير باليد والتهديد بالضرب، والقتل، وإيقاع الضرب والقتل، والاستعانة بالغير.

التعريف : ويكون كلما أقدم الشخص على المنكر وهو يجهل أنه منكر، فالوسيلة الصالحة لدفع المنكر فى هذه الحالة هى تعريف فاعل المنكر أن فعله منكر، ويجب أن يكون تعريفه باللطف من غير عنف ؛ لأن فى التعريف نسبته إلى الجهل وهذا فى ذاته إيذاء له، ولكن لابد منه لدفع المنكر، فوجب أن يكون التعريف فى غاية اللطف حتى لا يكون إيذاء دون مبرر لأن إيذاء المسلم محرم ...

النهى بالوعظ والنصح : ويوجه إلى من يقدم على الأمر وهو عالم بكونه منكرا إذا غلب على الظن أنه يؤدى إلى ترك المنكر، كصاحب الغيبة الذى يعلم أنها محرمة ولكن يرجى أن يتركها لو وعظ ونصح، وينبغى أن يكون الناهى شفيقا لطيفا بعيدا عن العنف والغضب ...

التعنيف : ويكون عند العجز عن المنع باللطف، ويوجه إلى المصر المستهزئ بالوعظ والنصح. ويشترط فى التعنيف شرطان : أحدهما : ألا يقدم عليه إلا عند الضرورة والعجز عن اللطف، والثانى : ألا ينطق المعنف إلا بالصدق، ولا يسترسل فى التعنيف فيطلق لسانه بما لا يحتاج إليه، بل يقتصر على قدر الحاجة. وليس للمعنف أن يسب فاعل المنكر بما فيه كذب ولا أن يقذفه، وإنما يصح أن يخاطبه بما فيه مما لا يُعَدّ فحشا كقوله: يا فاسق، يا جاهل، يا أحمق، يا غبي. وما يجرى هذا المجرى؛ لأن كل عاص فاسق، والفاسق أحمق جاهل، ولولا حمقه وجهله ما عصى الله، وكل من ليس بكيس فهو أحمق، لقوله ﷺ : "الكيس من دان نفسه وعمل لما بعد الموت، والأحمق من أتبع نفسه هواها وتمنى على الله" ...

التغيير باليد : والمقصود بالتغيير هو ذات المنكر ككسر الملاهي، وإراقة الخمر، وخلع الحرير من رأس العاصى وعن بدنه، وإخراجه من الدار المغصوبة، وإزالة ما يضعه من المواد فى الطريق العام فيسده أو يضيقه إلى غير ذلك ...

---

(١) إحياء علوم الدين المجلد الثانى ج / ٥ ص / ٤٥ وما بعدها...

⟨عوده⟩ والتغيير لا يكون إلا فى المعاصى التى تقبل بطبيعتها التغيير المادي، أما معاصى اللسان والقلب فليس فى الاستطاعة تغييرها ماديا، وكذلك كل معصية تقتصر على نفس العاصى وجوارحه الباطنة ...

ويشترط فى التغيير باليد ألا يباشر دافع المنكر التغيير بيده طالما استطاع أن يحمل فاعل المنكر على التغيير، فليس له أن يجر الغاصب من الدار المغصوبة إذا كان يستطيع تكليفه الخروج منها ماشيا. وليس له أن يريق الخمر بنفسه إذا استطاع أن يكلف شاربها أو محرزها بإراقتها ...

ويشترط فى التغيير أيضا أن يقتصر فيه على القدر المحتاج إليه، فليس لدافع المنكر أن يأخذ بلحية الغاصب أو رجله ليخرجه من الدار المغصوبة ما دام يستطيع أن يجذبه أو يجره إلى خارجها من يده. وليس له أن يحرق أدوات الملاهى ما دام يستطيع أن يكسرها ويعطلها عن العمل، وحد الكسر أن تتكلف من النفقات فى إصلاحها ما يساوى ثمن مثلها. وليس له أن يكسر أوانى الخمر إذا استطاع أن يريق الخمر دون كسر الأوانى ...

والأصل فيما سبق أن تغيير المنكر لا يقصد به إلا دفع المنكر، ولا يقصد منه عقوبة فاعل المنكر ولا زجر غيره. والزجر إنما يكون عن المستقبل، والعقوبة تكون على الماضي، والدفع على الحاضر الراهن. وليس إلى آحاد الرعية إلا الدفع وهو إعدام المنكر وإزالته، فما زاد على قدر الإعدام فهو إما عقوبة على جريمة سابقة أو زجر عن لاحق وذلك إلى السلطات العامة وليس للأفراد ...

التهديد بالضرب والقتل : وينبغى أن يسبق الضرب كلما أمكن تقديمه عليه. ويشترط فى التهديد ألا يهدد الدافع بوعيد لا يجوز له تحقيقه، كقوله لأنهبن دارك أو لأضربن ولدك أو لأسبن زوجتك، بل ذلك إن قاله عن عزم فهو حرام، وإن قاله من غير عزم فهو كذب. وإنما يجوز له أن يهدد بما يجوز له تحقيقه فى سبيل دفع المنكر، كقوله لأجلدنك، لأكسرن رأسك، لأضربن رقبتك وما أشبه، وله أن يتوعده بأكثر مما فى عزمه الباطن إذا علم أن ذلك يردعه عن المنكر ...

الضرب والقتل : ويجوز عند الضرورة أن يباشر دافع المنكر ضرب فاعل المنكر لكفه عنه، ويشترط ألا يندفع المنكر بغير الضرب، وألا يزيد الضرب عن الحاجة فى الدفع فإذا اندفع المنكر بصفعة أو ضربة فليس للدافع أن يصفع أو يضرب مرة أخرى...

<عوده> وإذا لم يندفع المنكر إلا بالجرح وإشهار السلاح، فللدافع أن يشهر السلاح وأن يجرح، كما لو قبض فاسق على امرأة وبينه وبين الدافع نهر حائل أو جدار مانع فيأخذ بندقيته ويقول له: خل عنها أو لأرمينك، فإن لم يخل عنها فله أن يرمي. وينبغي ألاَّ يقصد المقتل بل الساق والفخذ وما أشبه. وله أن يسل سيفه ويقول له اترك هذا المنكر أو لأضربنك. فكل ذلك دفع للمنكر، ودفعه واجب بكل ممكن، ولافرق فى ذلك بين ما يتعلق بحقوق الله كالزنا وقطع الطريق وبين ما يتعلق بحقوق الأفراد كالضرب والجرح والغصب ...

وإذا كان فاعل المنكر لا يمتنع عن المنكر إلا بقتال قد يؤدى إلى قتله، كان على دافع المنكر أن يقاتله ولو كان المنكر الذى يراد منعه أقل درجة من القتل. فلو قصد إنسان أن يقطع طرف نفسه وكان لا يمتنع عن ذلك إلا بقتال ربما أدى لقتله، وجب منعه عن القطع وقتاله عليه؛ لأن الغرض ليس حفظ نفسه وطرفه، بل الغرض حسم سبيل المنكر والمعصية، وقتله فى دفع المنكر ليس معصية وقطع طرف نفسه معصية. وذلك مثل دفع الصائل على المال بما يقتله فإنه جائز، لا على معنى افتداء درهم من المال بروح شخص، وإنما هو جائز بقصد دفع المعاصي، وقصد الصائل لأخذ المال معصية وقتله دفعا للمعصية ليس فى ذاته معصية[1]...

الاستعانة بالغير: وإذا عجز الدافع عن دفع المنكر بنفسه واحتاج إلى أعوان يعينونه على دفعه بقوهم وأسلحتهم، فقد رأى بعض الفقهاء أن الأفراد ليس لهم أن يدفعوا المنكر بهذه الوسيلة وليس لهم مباشرتها؛ لأنها تؤدى إلى تحريك الفتن واختلال الأمن والنظام؛ لأن الفاسق قد يستعد أيضا بأعوانه فيؤدى ذلك إلى القتال؛ وإنما للأفراد أن يباشروا هذه الوسيلة إذا أذن لهم الإمام بمباشرتها، وهو لا يأذن إلا لمن أقامه من قبله للأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ...

ورأى البعض الآخر أن للأفراد مباشرة هذه الوسيلة دون حاجة لإذن الإمام؛ لأنه إذا جاز للأفراد استعمال الوسائل الأخرى فقد جاز لهم أن يستعملوا الوسيلة الأخيرة؛ لأنه ما من وسيلة غيرها إلا وقد يؤدى استعمالها إلى التضارب، والتضارب يدعو بالطبيعة إلى التعاون، فلاينبغي إذن أن يبالى بلوازم الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر. وإذا كان انتهاء الأمر إلى الفتنة من النوادر، والنادر لا حكم له، فإنه يضاف إلى ذلك أنه ليس فى الشريعة ما يمنع من القول بأن كل من قدر على دفع المنكر فعليه أن يدفعه بيده وسلاحه وبنفسه وأعوانه ...

---

(١) إحياء علوم الدين المجلد الثانى ج/٧ ص/٣٤...

345 – الوسائل المقبولة لمنع المنكر :

الأصـــل أن الدعـــوة والوعظ والنصح هما السبيل الذى يجب على كل فرد أن يســـلكه لمـــنع استرســـال الـــناس فى عمل يَعُدُّه هو منكرا، فى حين أن عامة الناس وجمهورهـــم يخالفه فى ذلك. لكن حتى فى هذه الحالة لا يجوز أن تصل الدعوة إلى حد اســـتفزاز الـــناس أو تجريحهم والتشهير بهم؛ فمنع المنكر لا يبيح ارتكاب المنكرات، وإيذاء العامة واستفزازهم منكر بلا شك، كما أنه عمل تطبق عليه شروط الضرورة والضرورات تقدر بقدرها.

والـــلجوء إلى القوة أو العنف أو استعمال اليد كثيرا ما يساء استعماله، ويتعدى بعض الأفراد حدود الضرورة لمجرد التظاهر بالتقوى وادعاء العلم واتخاذ ذلك ذريعة للتدخل فى شئون الغير، مما يستفز الآخرين ويترتب عليه مشاحنات ومصادمات هي أســـوأ من المنكر الذى يراد دفعه. والمبدأ الذى استقر عليه الفقه هو أنه لا يرتكب مـــنكر بحجـــة دفـــع منكر آخر. وتقدير المنكر فى الحالين يرجع فيه إلى عامة الناس وجمهورهـــم، ولا يجـــوز للفرد أن يدعى أن العامة جهلاء وأنه أعلم منهم وله حق الإشراف عليهم ومحاسبتهم بل وتأديبهم ... وقد أفاض فقيهنا فى ذكر أمثلة ذلك.

ومن أوائل المنكرات التى ابتلى بها المسلمون، استيلاء البعض بالقوة والتغلب على ولايـــة الأمر، وممارسة السلطة بغير طريق الشورى الحرة التى فرضها الإسلام وسار عـــليها الخـــلفاء الراشدون. ولذلك، تكررت المعارضات لسلطة هؤلاء المسيطرين، وبرغم ذلك فإن هذا الأسلوب ما زال سائدا فى كثير من بلاد المسلمين. ولا يكتفى المستبدون بالاستيلاء على السلطة، بل يدعون صفة الإمامة ويجدون من ينسب إليهم هـــذه الصـــفة ويفتى لهم بأن لهم وحدهم حق إيجاد مؤسسات تحتكر الإشراف على سلوك الأفراد بحجة احتكارها للأمر بالمعروف والنهى عن المنكر[1].

لذلك فإننا يجب أن نشير إلى أن ما قاله عن حق "الإمام" فى إنشاء مؤسسة تختص بالأمر بالمعروف والنهى عن المنكر – هذا كله خاص بالإمام الذى اختاره المسلمون بالشورى الحرة دون استيلاء أو غصب أو غلب...

---

(1) مثال ذلك ما أشرنا إليه سابقا من ادعاء بورقيبه أنه "ولى الأمر" وفرض ما يراه من منع الصوم.

❁ – لا يجوز لمن يتولى السلطة أن يحتكر الأمر بالمعروف ودفع المنكر :

بـــل وحتى فى هذه الحالة ليس للإمام المنتخب بالشورى الحرة أن يحتكر لنفسه أو لأنصاره أو لأى مؤسسة تابعة له حق ممارسة الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر كما قدمـــنا؛ لأن ذلـــك معناه منع الناس من الرقابة على عمله هو وأعوانه واستنكار ما يرتكبونه من بغى وظلم وما يمارسونه من منكرات .. دون رادع أو زاجر أو مانع..

‹عوده› ٣٤٦ ـ *هل يجوز استعمال الوسائل السابقة فى حق الجميع ؟* يجوز استعمال الوسائل التى سلف ذكرها فى حق الجميع عدا الوالدين والزوج والحاكم...

فأما الوالدان، فليس للولد عليهما إلا التعريف ثم النهى بالوعظ والنصح، وليس لــه أن يعنفهما أو يهددهما أو يضربهما. ولكن، له أن يغير ما يأتيان من المنكر بحيث لا يمــس شخصيتهما، كأن يريق خمرهما أو يرد ما يجد فى بيتهما من مال مغصوب أو مسروق لأصحابه. وعلة استثناء الأبوين من الحكم العام أن الله ﷻ نهى عن التأفف منهما وإيذائهما فقال : ﴿فلا تقل لهما أف ولا تنهرهما﴾ [الإسراء: ٢٣]. وقد ورد فى حــق الأبويــن ما يوجب الاستثناء من العموم، إذ لا خلاف فى أن الأب لا يقاد بولــده، وأن الجلاد ليس له أن يقتل أباه فى الزنا حدا، وليس له أن يباشر إقامة الحد عليه. فإذا لم يجز للإبن إيذاء الأب بعقوبة هى حق على جناية سابقة، فلا يجوز إيذاؤه بما هو منع عن جناية مستقبلة متوقعة ...

وأمــا الزوجة، فحكمها مع الزوج حكم الولد مع أبويه، لقول الرسول ﷺ : "لو جاز السجود لمخلوق لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها". وهذا يقتضى منع المرأة من إيذاء الزوج ...

وأمــا الــرعية مع الحاكم أو السلطان أو الإمام، فليس للرعية عليه إلا التعريف والــنهى بالموعظة والنصح، أما التغيير باليد فالرأى الراجح أنه غير جائز؛ لأنه يفضى إلى خــرق هيبته وإسقاط حرمته، وذلك محظور لقوله ﷺ : "من كانت عنده نصيحة لــذى سلطان فلا يكلمه بها علانية، وليأخذه بيده فليخل به، فإن قبلها قبلها، وإلا كــان قد أدى الذى عليه والذى له". ولقوله أيضا: "من أهان سلطان الله فى الأرض أهانه الله فى الأرض" ...

346 – نهى ذوى السلطان ومعاونيهم عن المنكر :

من رواسب نظم الملك العضوض والاستيلاء على السلطة بالقوة والغلب فى كثير من البلاد، ما نسب إلى بعض الفقهاء من ابتكار قواعد تقيد حق الأفراد والجماعات فى نقد أصحاب السلطة أو معارضتهم أو نقد سلوكهم وأعمالهم ومن يتبعونهم بحجة منع "الفتنة" .

إن حق النقد والمعارضة يُعَدُّ من صميم الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر. بل إن الأحاديث النبوية التى أشار إليها تجعل معارضة المستبدين ونقدهم والتعرض لانتقامهم بسبب ذلك من أعلى مراتب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، حتى إنه فى حالة التعرض للقتل فإن من يقتل بسبب معارضة المستبدين يُعَدُّ أول من تحق له الشهادة، ويكون فى مستوى شهداء الدعوة الأولى كما ورد فى الحديث الشريف .

وبرغم ذلك، فإن بعض الآراء التى أوردها فقهاؤنا إنما كتبت أو قيلت فى ظروف لم يكن المستبدون يسمحون فيها للفقهاء أن يفتوا بآراء تجيز النقد لأعمالهم أو المعارضة لطغيانهم، ولهذا نلفت نظر القارئ إلى أننا لا نقرها ولا تستحق منا المناقشة ...

إننا لا نقر قياس موقف الشعوب من حكامها على موقف الأطفال أو الأبناء من آبائهم؛ بل ولا على موقف الزوجات من أزواجهن، لأن أول حق أعلنه الخليفة الراشد لعامة المسلمين، هو قوله "إن أسأت فقوّمونى". ومن المعروف أن أحد العامة واجه عمر بن الخطاب بقوله: "والله لو وجدنا فيك اعوجاجا لقومناه بسيوفنا" ... فأقر ذلك الفاروق، وحمد الله على أنه يوجد بين رعاياه من يقوم اعوجاجه بالسيف ...

فالأصل الشرعى الثابت هو أن لكل فرد من عامة الناس الحق فى إعلان نقده لمن يمارسون السلطة أو يتولونها ولو كانوا من الخلفاء الراشدين، ومن باب أولى إذا كانوا قد تولوا الأمر بالقوة والغلب والقهر للشعوب بدون مشورة حرة.

〈عوده〉 ٣٤٧ـ *حكم التجاوز في دفع المنكر*: إذا استعمل المدافع في النهي عن المنكر أو تغييره وسيلة تزيد عما يقتضيه الحال، فهو مسئول عن هذه الزيادة. وكذلك إذا تعدى الحدود المقررة لوسيلة من الوسائل. فإذا عنف فاعل منكر فقذفه، فهو مسئول عن القذف؛ لأن القذف لا يدخل في التعنيف. وإذا كان المنكر يندفع بالتعنيف أو التهديد فضرب فاعل المنكر أو جرحه، فهو مسئول عن الضرب والجرح. وإذا اندفع المنكر بضربة واحدة أو جرح واحد فضربه ضربة ثانية أو جرحه جرحا ثانيا، فهو مسئول عما فعل بعد اندفاع المنكر. وإذا كان المنكر يندفع بتغييره باليد، فليس له أن يتعدى الحدود المقررة للتغيير؛ فإذا كان المنكر شرب الخمر أو إحرازها فإن تغيير المنكر يكفي فيه إراقة الخمر، فإذا أتلف الموائد المنصوبة في محل الخمار أو الأبواب أو الأمتعة أو أحرقها فهو مسئول عن ذلك ...

ولا محل للنهي عن المنكر أو تغييره قبل مباشرة المنكر أو بعد مباشرته ؛ لأن مباشرة المنكر هي التي تحل النهي عنه أو تغييره دفعا للمنكر. فإذا لم يقع المنكر، فلا يمكن عَدُّ ما يقع على قاصد فعل المنكر دفعا، وإنما هو اعتداء. وإذا انتهى فاعل المنكر من فعله، فما يقع عليه من أفعال أو ما يوجه إليه من أقوال بسبب فعل المنكر لا يُعَدُّ دفعا للمنكر وإنما اعتداء على فاعله ...

والأصل أن ما يدفع به المنكر مباح ولا يُعَدُّ جريمة ما دام لم يتعد الحدود المقررة لدفع المنكر. لكن، إذا تعدت أفعال دفع المنكر إلى الغير وأصابته خطأ عُدَّ الفعل بالنسبة للغير خطأ ولو أنه صدر من فاعله متعمدا إياه ؛ لأن الفعل مباح ضد فاعل المنكر محرم ضد غيره، فالتعمد لا عبرة به؛ لأنه تعمد فعل مباح، والقاعدة أن من تعمد فعلا مباحا فأخطأ في فعله يسأل عن نتيجة الخطإ بحسبانه مخطئا لا عامدا ...

٣٤٨ـ *هل لفاعل المنكر حق الدفاع ؟*: ليس لفاعل المنكر أن يتعدى على من يدفع المنكر بحجة أنه يدفع عن نفسه أو ماله، طالما أن دافع المنكر لم يتجاوز حدود دفع المنكر، فإذا تعدى هذه الحدود كان عمله اعتداء وكان لفاعل المنكر أن يدفع هذا الاعتداء ...

٣٤٩ـ *الفرق بين الدفاع الشرعي العام والدفاع الشرعي الخاص* : إذا قارنا الدفاع الشرعي العام بالدفاع الشرعي الخاص، تبين لنا أن الأسس التي يقوم عليها كل منهما واحدة، وأن أحكامهما واحدة، وأنهما لا يكادان يختلفان إلا في بعض التفاصيل...

﴿عوده﴾ والواقع أن الدفاع الشرعى الخاص لا يختلف عن الدفاع الشرعى العام من هذه الناحية، ولكنهم يفرقون بينهما من ناحية الموضوع. فموضوع الدفاع الشرعى الخـــاص هـــو كل صيال أى هجوم أو اعتداء يمس سلامة الإنسان أو يمس ماله أو عرضه، ويسمى هذا النوع من الدفاع بدفع الصائل. وموضوع الدفاع الشرعى العام هـــو مـــا عدا ذلك مما يمس حقوق الجماعة وأمنها ونظامها، ويسمى هذا النوع من الدفاع الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ...

وقـــد يقـــال إن هذه التفرقة الموضوعية تفرقة اسمية؛ لأن أكثر ما يدفع فيه الفاعل بحُسبانه صائلا يمكن دفع الفعل فيه بحُسبانه منكرا، ولكن هذا القول غير صحيح؛ لأن مـــا يدفـــع فيه الفعل بحُسبانه منكرا لا يدفع فيه الفاعل بحُسبانه صائلا، فدفع الصائل لا يكون إلا إذا وجد صيال أى : هجوم أو اعتداء على الإنسان أو ماله، أو عرضه.

أمـــا دفـــع المنكر، فيكون كلما انعدم الصيال أو الهجوم أو الاعتداء. فمثلا، إذا هجم رجل على امرأة يريد اغتصابها فإنه يدفع عنها بحُسبانه صائلا، فهنا دفاع شرعى خـــاص؛ أمـــا إذا أتاها برضاها ففعلهما يدفع بحُسبانه منكرا، فهنا دفاع شرعى عام. ومـــن يحاول قتل غيره يدفع عنه بحُسبانه صائلا، ويكون الدافع فى حالة دفاع شرعى خاص؛ أما من يحاول الانتحار فيدفع فعله بحُسبانه منكرا، ويكون الدافع فى حالة نهى عـــن المنكر أو تغييره. ومن يحرق مال غيره أو يتلفه يدفع بحُسبانه صائلا، ولكن من يحرق ماله أو يتلف مال الغير برضاه يدفع بحُسبانه فاعلا لمنكر. فالصيال، أى: الهجوم أو الاعتداء هو ما يميز الدفاع الشرعى الخاص عن الدفاع الشرعى العام ...

٣٥٠ـ *بـين الشـريعة والقـانون* : تمتاز الشريعة الإسلامية من يوم وجودها بما جاءت به من الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، وهى ميزة لم تعرفها القوانين الوضعية قديما، ولكنها بـــدأت تعرفها وتأخذ بها فى نطاق ضيق ابتداء من القرن الماضي. ولقد أوجبت الشريعة الأمـــر بالمعـــروف والنهى عن المنكر لتجعل من كل إنسان رقيبا على غيره من الأفراد والحكام، ولتحمل الناس على التناصح والتعاون وعلى الابتعاد عن المعاصى والتناهى عن المـــنكرات. ولقد ترتب على إيجاب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر أن أصبح الأفراد مـــلزمين بـــأن يوجـــه بعضـــهم بعضا، وأن يوجهوا الحكام ويقوموا عوجهم وينتقدوا تصرفاتهم، والتوجيه أساسه الأمر بالمعروف، والتقويم والنقد أساسه النهى عن المنكر.

〈عوده〉 ولقـــد فهم المسلمون الأوائل هذا حق الفهم وسلموا به تسليما. فهذا أبو بكـــر يصعد المنبر بعد مبايعته فيقول: "أطيعونى ما أطعت الله فيكم، فإذا عصيت فلا طاعـــة لى عـــليكم". وهـــذا عمر يقول بعد توليته الخلافة : "من رأى فى اعوجاجا فـــليقومه". وتـــرتب على إيجاب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر أن أصبح الأفراد مـــلزمين بالـــتعاون على إقرار النظام وحفظ الأمن ومحاربة الإجرام، وأن يقيموا من أنفسهم حماة لمنع الجرائم والمعاصى وحماية الأخلاق، وكان فى هذا كله الضمان الكافى لحماية الجماعة من الإجرام، وحماية أخلاقها من الانحلال، وحماية وحدتها من التفكك، وحمايـــة نظامهـــا من الآراء الطائشة والمذاهب الهدامة، بل كان فيه الضمان الكافى للقضاء على المفاسد فى مكمنها وقبل ظهورها وانتشارها .

ولم تعرف القوانين الوضعية الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر إلا ابتداء من القرن الماضـــي، حيـــث بـــدأت تعترف للأفراد بحق النقد وحق التوجيه، وتعترف للأفراد بالقـــبض على المجرم فى حالة التلبس وتسليمه إلى الجهات المختصة، وتعطى فى بعض الحالات للأفراد الحق فى منع الجانى بالقوة من ارتكاب الجريمة إذا كانت ماسة بصالح الجماعة كقلب نظام الحكم وتخريب المنشآت العامة. ولكن القوانين الوضعية مع هذا لم تأخذ بمبدإ الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر على إطلاقه، وإنما قصرت تطبيقه على حالات معينة، بخلاف الشريعة التى تطبقه فى كل الحالات وفى جميع الجرائم ...

۞ 347 – 350 – مبدأ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر

أساسه التضامن بين عناصر المجتمع :

إن عَــدَّ الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر نوعا ثانيا من الدفاع الشرعى، معناه أن الأحكــام المتعلقة بتجاوز حدود الدفاع وما يترتب على التجاوز من حق المدفوع فى الدفاع عن نفسه ضد المدافع الذى تجاوز حدود ما تستلزمه الضرورة – التى فصلناها بالنسبة لدفع الصائل – تطبق فى حالة تجاوز شروط الأمر بالمعروف أو النهى عن المنكر.

هذه القواعد تسرى فى حالة الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، وكذلك قاعدة أن الضــرورة تقدر بقدرها، وأن المنكر لا يدفع بمنكر آخر. لكن هناك فارقا فيما يتعلق بالشــروط. فدفع الصائل – أى الدفاع الشرعى بالمعنى الخاص – لا يكون إلا لدفع خطر يهدد شخص المدافع أو ماله أو شخصا غيره أو ماله .

أمــا ما يسميه الدفاع العام بالأمر بالمعروف والنهى عن المنكر فهو يجوز أو يجب كــلما وجــد فعــل يخل بأمن الجماعة أو استقرارها وحقوقها وشريعتها. وإذا كان الراجح أن الفعل الذى يبرر الدفاع الخاص يجب أن يكون جريمة جنائية، فإن ما يبرر الأمــر بالمعــروف والنهى عن المنكر يكفى أن يكون معصية أو انحرافا عن الطريق المستقيم أو السلوك الشرعى القويم فى عرف الناس ورأى عامتهم وجمهورهم .

أشــرنا فى كتابنا "فقه الشورى والاستشارة" إلى أن مبدأ الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر هو من خصائص شريعتنا التى تتميز به عن جميع الشرائع قديمها وحديثها، وقلنا إن القوانين الوضعية وجدت فيها بعض تطبيقات متناثرة لهذا المبدإ أشرنا إليها فضلا عما أشار إليه فقيهنا فى هذا البند .

هذا المبدأ أساسه أصل عظيم من أصول شريعتنا، وهو تضامن أفراد المجتمع بِعَدِّه أســاس وجود الجماعة وتقدمها وصلاحها. ولا يقتصر ذلك على التكافل المالى بل يشمل التكافل فى الرأى والمشورة فى الشورى، والتكافل فى الدفاع عن مبادئ نظام الجماعة وحقوقها وشريعتها بالأمر بالمعرف والنهى عن المنكر، وهو لذلك من المبادئ المســتقبلية الــتى نعــتقد أن الإنسانية تحتاج إليها؛ ومن واجبنا أن نقدمه للمجتمع الإنســانى على هذا الأساس ليكون مساهمة من الإسلام فى تقدم المجتمعات البشرية ورقيها وأمنها واستقرارها.

- حديث شريف عن التضامن بين عناصر المجتمع :

وأحســـن تصـــوير لتضامن الجماعة ما ورد فى الحديث الشريف - ما معناه مثل المؤمنين كجماعة استهموا (اشتركوا) فى سفينة فكان بعضهم فى أعلاها وآخرون فى أسفلها، فقال الذين فى أسفلها لو أننا خرقنا فى نصيبنا خرقا حتى نخرج منه دون أن نمر على من فى أعلاها، فإن منعوهم نجوا جميعا وإن تركوهم وما يريدون غرقوا جميعا.

الفرع الثاني
التأديب

〈عوده〉 ٣٥١ـ *أولا : تأديب الزوجة* : من حق الزوج فى الشريعة الإسلامية أن يؤدب زوجـــته إذا لم تطعه فيما أوجبه الله عليها من طاعته، كأن تثّاقل عليه إذا دعاها، أو تخرج من منزله بغير إذنه. وأساس هذا الحق قوله ﷻ : ﴿الرجال قوّامون على النساء﴾ [النســـاء:٣٤]. وقوـــله ﷻ :﴿واللاتـــى تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن فى المضـــاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا﴾ [النساء :٣٤]. والنشوز هـــو معصـــية الزوج مأخوذ من النشز : أى الارتفاع، فكأنها ارتفعت وتعالت عما أوجب الله عليها من الطاعة ...

351 – المبدأ والتطبيقات :

لم يعـرض وجهـة نظره فى مبدإ "التأديب" أو تعريفه، ولكنا يمكن أن نعرفه بأنه واجب الإنسان الراشد فى تقويم انحراف من يكون مسئولا عن تربيتهم أو الإشراف عـليهم أو تعليمهم أو رعايتهم، وأهم أمثلته حق الوالدين فى تأديب الصغار؛ وحق المعلم كذلك. ولكن، يضاف نوع ثان، هو حق الرئيس أو المشرف فى تقويم تابعه أو توجيهه فى سلوكه أو عمله، ومثاله حق الرؤساء الإداريين فى توقيع جزاءات تأديبية عـلى مـن يعملون تحت إشرافهم ومسئوليتهم. ويدخل فى هذا النطاق ما سماه حق الـزوج فى "تأديب الزوجة" بصفته رئيس الأسرة والمسئول عنها، وقد بدأ به وكنا نفضل البدء بالنوع الأول . ولكنا سنلتزم بالترتيب الذى اختاره .

وقـد عَـدَّ مرجعه فى هذا الموضوع آية فى سورة النساء؛ أولها عن القوامة لأن المقصـود بها رئاسة الزوج للأسرة بسبب التزامه بالإنفاق على جميع أفرادها وأولهم الـزوجة بحكم رئاسته بدليل قوله تعالى : ﴿الرجال قوَّامون على النساء بما فضَّل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم﴾ [النساء:34].

ثم إن الآيـة أشارت إلى حالة الزوجة الناشز وأجازت الضرب فى حالة النشوز – وكنا نؤثر أن يشار فى العنوان إلى علة الحكم وهى النشوز.

نشير إلى قوله فى نهاية البند التالى رقم 352 : "ومن المتفق عليه أن الزوجة لا يجوز أن تضـرب لخوف النشوز قبل إظهاره، وإنما أجيز ذلك عند إظهار النشوز فعلا". ومعـنى ذلـك أن أسـاس هذا الحق وعلته هى حالة النشوز الفعلي. بقى أن نعرف المقصود بالنشوز.

<عوده> **٣٥٢ـ ما يؤدب فيه** : من المتفق عليه أن للزوج أن يؤدب زوجته بصفة عامة على المعاصى التى لا حد فيها، كمقابلة غير المحارم، وترك الزينة والخروج دون إذن، وعصيان أوامر الزوج، وتبذير ماله. والرأى الراجح أن له تعزيرها على ترك فرائض الله إذا كانت مسلمة كترك الصلاة والصوم[1] ...

ومـــن المتفق عليه أن الزوجة لا تضرب لخوف النشوز قبل إظهاره، وإنما تضرب لإظهارها النشوز فعلا[2] ...

---

(١) البحر الرائق ج/٦ ص/٥٣ ، أسنى المطالب ج/٤ ص/١٦٢، إحياء علوم الدين المجلد الثانى ج/٤ ص/٢٤٦، الشرح الكبير ج/٨ ص/١٦٩...

(٢) الشرح الكبير ج/٩ ص/١٦٨...

352 – ما النشوز ؟ :

فى نهايــة البند السابق عرَّف النشوز بأنه "معصية الزوج" وكان أولى به أن يكتفى بذلــك – لكنه عاد فى هذا البند وأورد صيغة أعم لا نقر بها – ولذلك لا نوافق على قولــه: "للزوج أن يؤدب زوجته بصفة عامة على المعاصى التى لا حد فيها". ولا قوله إن : "الــرأى الــراجح أن له تعزيرها على ترك فرائض الله إذا كانت مسلمة كترك الصلاة أو الصوم .." .

إنه لم يشر إلى الآراء الأخرى التى عَدَّها مرجوحة. لكن ما نراه فى مجتمعنا هو أن كــثيرات مــن النساء هن أكثر تديُّنا والتزاما بآداء فرائض العبادات من أزواجهن، وكــثيرا مــا ورد إلى دور الإفتاء والهيئات العلمية شكاوى الزوجات من عدم أداء الأزواج لفريضــة الصلاة؛ بل والصوم فى بعض الأحيان، فضلا عن استباحة البعض تعــاطى المخــدرات أو المســكرات برغم اعتراض الزوجات، كأنما يعتبرون ذلك "النشوز الرجالى" من صفات الرجولة أو مقتضياتها أو امتيازاتها ..

إننا لا نَعُدُّ النشوز شاملا لجميع المعاصى الشرعية، فإننا إذا تكلمنا عن نشوز الزوجة فيجب أيضا ألا نتجاهل نشوز بعض الأزواج. كما أننا عندما نتكلم عن حقوق الزوج فى هذه الحالة يجب أن نفكر أيضا فى حقوق الزوجة عندما يفسق الزوج أو يسترسل فى المعاصــى وبخاصة المخدرات والمسكرات أو ترك الصلاة أو الصوم – وفى هذه الحالة نرى أن نرجع إلى مبدإ الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر الذى توسع الفقهاء فى شرحه كمــا توســعنا سابقا، وقد اتفق الجميع على أنه حق عام لجميع الأفراد سواء فى ذلك الــرجال أو النساء، ولا يصح القول بأن الرجال يحتكرونه أو أن الزوجات لا حق لهن فى ممارسته إزاء الزوج الذى ينساق وراء شهواته ومعاصيه .

إنــنا نذهــب إلى حد القول بأن هذا النص القرآنى إذا أردنا تطبيقه فى حالة المعاصى الشرعية، فيجب أن يكون فى نطاق تطبيقات هذا المبدإ العام وهو الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، ولا يجوز أن يتخذ مبررا لتعطيل تطبيقه. فللزوجة كما للزوج حق وواجب فى أن تأمر بالمعروف وتنهى عن المنكر، ولا يُعَدُّ ذلك منها ممارسة للحق فى "تأديب" زوجها كما لا يصح فى نظرنا وصف ممارسة الزوج لهذا الحق بأنه "تأديب" للزوجة، بل هو مجرد أداء لواجب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، وللزوجة هذا الحق كذلك.

۞ – الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر لا يُعَدُّ حقا فى التأديب فى نظرنا – وهو حق مشترك للنساء والرجال :

إذا كان ما نصت عليه الآية عن حقوق الزوج فى غير حالة النشوز هو تطبيق لمبدإ الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر فيجب فى نظرنا مراعاة شروطه وقواعده وأحكامه عند تفسير النص أو تطبيقه، ولا حاجة لوصف ما يمارسه الزوج فى غير حالة النشوز – الذى يقصد به رفض المعاشرة الزوجية – بأنه "تأديب" للزوجة، بل يجوز فقط لأنها زوجة له وقد صدر منها ما يصل لحد النشوز الفعلى .. الذى يخل بنظام الأسرة التى هو رئيسها.

إن التعميم الذى يؤدى إليه القول بأن الزوج له حق فى "تأديب" الزوجة فى غير حالة النشوز الفعلى يخالف فى نظرى نص الآية؛ لأن عبارتها تشير إلى أن علة التأديب ليست هى صفة الزوجة أو أنها امرأة وهو رجل، بل هى أفعال "النشوز". فلا يمكن فى نظرنا التعميم وجعل التأديب حقا عاما لكل الأزواج على كل الزوجات فى غير حالة النشوز الذى لا بد من إعطائه تعريفا واضحا محددا يقصره على رفض المعاشرة الزوجية.

كما أن الصواب فى نظرنا أن جواز الضرب حق استثنائى للزوج الصالح على الزوجة الناشز، فلا يمكن الاعتراف للزوج بهذا الحق – فى نظرنا – إلا عند توافر سببه المشار إليه فى الآية وهو حالة النشوز بالمعنى المحدد المشار إليه، بل وظهور النشوز على حد تعبير فقيهنا فى المتن .

والاختلاف فى تعريف النشوز يدل على أن عرف المجتمع لابد أن يكون له دور فى الترجيح بين الآراء. وقد جرى العرف على أن المستوى الاجتماعى والثقافى بل والسلوكى لكل من الزوجين يجب أن يكون له تقدير فى العلاقة بينهما .

إن الزواج فى شريعتنا عقد رضائى يتم باتفاق الطرفين. والأصل أن الالتزامات التى تنشأ منه على كل منهما تكون متبادلة أو متوازنة على الأقل، ولابد أن يتوقف مدى الحق على قدر ما يتمتع به كل منهما من التقوى والصلاح .

۞ العرف والمستوى الاجتماعي هو الذى يحدد المقصود بالضرب:

ونحن نفضل أن يتوسع فقهاؤنا فى شرح ما يجب أن يتصف به الزوج من تقوى وصلاح لكى يكون له حق الإشراف على سلوك زوجته وأسرته كلها.

إنــــنا نفخر بأن شريعتنا تعترف للمرأة بشخصيتها الكاملة وحريتها فى التصرف فى مالهـــا أثناء الزواج، على خلاف بعض الشرائع التى تنزلها بعد الزواج إلى مرتبة التابع لـــزوجها فى تصـــرفاتها فى مالهـــا – فمن باب أولى لا تفرض عليها التبعية لزوجها فى الســـلوك إلا إذا تأكد أنه هو السلوك الشرعى الصحيح، لذا لا بد من وجود ما يثبت أنه فى مستوى سلوكى يعطى له حق ممارسة الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، أى أنه ليس فاسقا ولا عاصيا.

معنى ذلك أن حق الزوج فى تقويم أفراد أسرته يشترط له ألا يكون هو فاسقا كما هى القاعدة فى تطبيق مبدإ الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر حيث لا يجوز للعاصى أو الفاســـق أن يضـــع نفسه موضع من يقوّم سلوك غيره أو يأمر الناس وينهاهم وينسى نفسه..

لاشـــك فى أن مبدأ قوامة الزوج ورئاسته للأسرة أساسه تضامن الأسرة ووحدها، فـــلا تســـمح شريعتنا بالتسيب فى العلاقات الاجتماعية وبخاصة العلاقات الجنسية أو تجـــاهل كيـــان الأسرة ووحدها وأنها نواة المجتمع الصالح. وعلى ذلك فإن تطبيق مبدإ الأمـــر بالمعـــروف والنهى عن المنكر يجب أن يراعى فيه رئاسة الزوج للأسرة وقوامته عليها ومسئوليته أمام المجتمع عن مستوى سلوك أفرادها، مقابل التزامه برعاية شئونها وبالإنفـــاق على جميع أفرادها والتزامه أيضا بأن يكون القدوة الحسنة لها فى سلوكه وتصرفاته.

والـــنص القـــرآنى على حقوق الزوج فى حالة نشوز الزوجة قصد به تأكيد حقه كرئيس للأسرة فى أن يكون مسئولا عن مرءوسيه، كما هو حق لكل رئيس فى جماعة مـــنظمة. والزوجة التى تعمل فى إحدى الشركات أو الإدارات تعرف أن لها رئيسا إداريا تخضع لإشرافه وله حق "تأديبها" إداريا، كما أن له ذلك الحق بالنسبة لزملائها من الرجال، ولذلك يجب ألا يدعى البعض أن النص على حق الزوج كرئيس للأسرة فى "تأديب" زوجته يُعَدُّ انتقاصا من شخصيتها أو حقوقها أو إخلالا بمبدإ المساواة.

۞ حق الزوج فى نطاق المعاشرة التى شرع الزواج من أجلها :

كل ما هنالك أن هذا الحق يجب أن يكون فى حدود العلاقات الأسرية بين الزوجين – وهى العلاقات التى شرع الزواج من أجلها – وبخاصة إباحة المعاشرة الجنسية .

وعلى ذلك فإن أهم صور النشوز التى ذكرها فقهاؤنا هو خروج الزوجة على طاعة زوجها برفض هذه المعاشرة التى تظهر عادة بترك منزل الزوجية. فالقضاء عندنا يَعُدُّ ذلك الخروج من منزل الزوجية دليلا قاطعا على رفض المعاشرة التى هى حق للطرفين بمقتضى عقد الزواج ذاته، بل هى المقصد الأصلى منه.

أما ما يتجاوز هذه العلاقات الخاصة بالمعاشرة بين الزوجين بالمعروف، فإنها فى نظرى تخضع للمبدإ العام بالأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، الذى يستوى فيه الناس جميعا رجالا ونساء، ومن شروط من يمارس هذا الحق ألا يكون هو فاسقا أو محتاجا إلى التقويم. لذلك نرى أنه لا يصح أن ينسب إلى النص أنه يعطى الرجل وحده حق إنكار المعاصى التى تنسب إلى الزوجة ولا يكون للزوجة مثل ما للرجل، وبذلك نطبق النظرية التى أشار إليها فقيهنا فى بداية البحث بعنوان "نظرية المساواة بين الرجل والمرأة"، ويكون للأصلح من الطرفين الحق فى نصح غيره أو أمرهم بالمعروف ونهيهم عن المنكر.

وإذا كانت شريعتنا تعطى لأفراد الرعية الحق فى الإشراف على سلوك ولاة أمورها، ولكل فرد فى الأمة الحق فى الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر لكل من ينحرف عن طريق الاستقامة والخلق القويم – ولو كان هو ممن يُعَدُّون من "أولياء الأمر" فى الأمة – فإن ذلك يطبق أيضا على أفراد الأسرة – ومنهم الزوجة – فلا يجوز أن يدعى البعض أن الزوج وحده له امتياز فى هذا المجال بحجة أنه رئيس الأسرة والقيم عليها، لأن هذا فى نظرنا أدعى إلى تأكيد حق أفراد الأسرة فى مراجعته، كما هو الشأن بالنسبة لحق جميع أفراد الأمة فى مراجعة ولى الأمر أو الإمام أو الخليفة بمقتضى حقهم فى القيام بواجب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، ولا نقبل القول بأنه يحتكر هذا الحق دون الزوجة.

﴿عوده﴾ ٣٥٣ - *هل يجوز التأديب لأول معصية* : يرى مالك وأبو حنيفة أن الضرب لا يكون لأول معصية، وإنما يكون لتكرر المعصية والإصرار عليها. فإذا عصت أول مـــرة وعظها بالرفق واللين، وإن عادت كان له أن يهجرها، فإن عادت كان له أن يضربها. وحجة أصحاب هذا الرأى أن الواو وردت للترتيب فى قوله ﷻ: ﴿فعظوهن واهجـــروهن فى المضاجع واضربوهن﴾ [النساء: ٣٤]. وأن المقصود من التأديب هو الزجـــر عن المعصية فى المستقبل، وما هذا سبيله يبدأ فيه بالأسهل فالأسهل(١). وهذا يتفق مع الرأى المرجوح فى مذهبى الشافعى وأحمد ...

ويترتب على الأخذ بهذا الرأى أن يعاقب من يضرب زوجته لأول معصية أو لثانى معصية، أما من يضربها للثالثة فلا عقوبة عليه؛ لأنه استعمل حقه فى حدوده المقررة. ويعـــاقب أيضا من يضرب زوجته للمعصية الثالثة إذا لم يكن وعظها أو هجرها قبل ذلك. فعلى الضارب ليعفى من العقوبة أن يثبت أنها عصت قبل الضرب مرتين، وأنه وعظها فى أولاهما وهجرها فى الثانية ...

والرأى الراجح فى مذهبى الشافعى وأحمد أن من حق الزوج ضرب الزوجة سواء تكـــررت المعصية أو لم تتكرر، سواء سبق الضرب وعظ وهجر أو لم يسبق الضرب شىء من ذلك. وحجة أصحاب هذا الرأى أن عقوبات المعاصى لا تختلف بالتكرار، وأن الواو فى قوله ﷻ: ﴿فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن﴾ [النساء: ٣٤]. جاءت لمطلق الجمع وليست للترتيب(٢) ...

ويترتب على هذا الرأى أن من ضرب زوجته لأول معصية لا يعاقب على ضربها؛ لأنه استعمل حقه فى حدوده المقررة ...

٣٥٤ - *هـل يسـأل الـزوج عـن سـبب الضـرب* ؟ ويرى أحمد ألاّ يسأل الزوج عن سبب الضرب؛ لأن الرجل قد يضرب الزوجة لأجل الفراش فإن أخبر بذلك استحيا، وإن أخبر بغيره كذب. ويستند فى هذا المبدإ إلى ما روى الأشعث عن عمر رضى الله عنه

---

(١) مواهب الجليل الجزء الرابع ص ١٥ / ١٦، مقدمات ابن رشد ج/٢ ص/١٠٤، بدائع الصنائع ج/٢ ص/٣٣٤ ...

(٢) المهذب ج/٢ ص/٧٤، أسنى المطالب ج/٣ ص/٢٣٩، المغنى ج/٨ ص/١٦٢...

<عوده> أنـــه قال : يا أشعث احفظ عنى شيئا سمعته عن رسول الله ﷺ : "لا تسألن رجـــلا فـــيم ضـــرب امرأته". وهذا الحديث يوجب الأخذ بقول الزوج إنه ضربها للـــتأديب، ويمنع البحث عن سبب الضرب ما لم تدعى هى أنه ضربها لغير التأديب، فحينـــئذ يجب على الزوج أن يثبت سبب الضرب. ولا يتوقف تأديب الزوجة على ســـن معينة، فللزوج أن يؤدبها مهما بلغت من العمر، على خلاف الصغار، فإن حق تأديبهم ينتهى بالبلوغ ...

❁ 353، 354 – الضرب من أجل الفراش :

إن الآيــة الكريمة ذكرت وجوب البدء بالوعظ؛ ثم الهجر فى المضاجع قبل جواز الضــرب. فســر الفقه ذلك على أنه لا يجوز ممارسة "الضرب" إلا بعد الالتجاء إلى الوعــظ والهجــر. ولا شك فى أن الوعظ والهجر كليهما لا يثيران أى مشكلة، ولا يدعــى أحد أهما يعطيان للزوج ولاية على الزوجة أو أهما يُعَدَّان عقوبة، ولا داعى للكلام على أهما تعزيرات إلا إذا كان التعزير بمعنى الإصلاح والتقويم ..

ولذلك حرص الفقهاء على عدم إباحة "الضرب"، إلا بعد استنفاد تلك الوسائل، وأن الــزوج يعزر إذا لجأ إليه قبل الوعظ والهجر. إلا أن كلمة "الضرب" ذاها تثير حساســية عــند البعض فى هذا العصر؛ وهناك من يعترضون على الضرب كعقوبة جــنائية يحكم ها القضاء على المجرمين، لأهم يظنوها شائنة، ويفضلون عليها السجن ومــا يترتب عليه من إذلال وقيد للحرية مهما طالت مدته. ونحن لا نجارى هؤلاء فى ذلــك، وقد أثبتت الأيام وتجارب الشعوب أن السجن له مساوئ تتجاوز بكثير ما ينسبونه إلى "الضرب"، وأنه لابد من إيجاد بديل لعقوبة السجن ..

ونحن نرى أن كثيرين ممن يشاركون فى نقد الضرب إنما يفعلون ذلك لمجرد مجاراة "الموضة" أو متابعة الأفكار المستوردة تقليدا للمجتمعات الأجنبية.

فضــلا عن ذلك يتسابق كثيرون للاعتراض على الضرب كوسيلة لتربية الصغار وهذيبهم .. سواء فى المترل أو فى المدارس. وخلال عملى فى إنشاء مدارس المنارات مع كثير من الأخصائيين التربويين واجهنا هذه المشكلة – لكن أولياء الأمور المعتدلين كــانوا دائما لا يعترضون على استعمال الضرب لتأديب الصغار، ولكن اعتراضهم كــان على الغلو فيه واستخدامه بطريقة عشوائية بقصد الانتقام أو نتيجة للغضب. لذلــك قــررنا ألا يستخدم الضرب فى الفصول ولا بواسطة المعلمين، وإنما يلجأ إلى "الــناظر" أو المدير الذى يكون بمثابة مجلس "تأديب" للتلميذ "الناشز" أو المخطئ .. وهــو وحــده الذى يأمر بهذا التأديب الجسمانى بعد زوال حالة الانفعال الناتج عن أخطاء الصغار أو انحرافاهم ...

إن الذيــن يســعون لتحريم الضرب كعقوبة جنائية للمجرمين الثابت إجرامهم، و كذلك الذين يسعون لمنعه فى دور التعليم ومدارسه بالنسبة للأطفال، لا شك فى أهم

۞ حالة النشوز فى المعاشرة الشرعية، تبيح أدنى درجات العنف :

أكـثر معارضة لجعله أسلوبا يتعامل به الزوج مع زوجته – حتى ولو كانت ناشزا – بـل حتى ولو بلغ النشوز حد ارتكاب جريمة الزنا أو التسيب الأخلاقى. لكن أمثال هـؤلاء لا يمكـن أن نجاريهم لأنهم لا يقدرون المقاصد الشرعية التى تحصن الأفراد والأسر من الفساد والفسق.

ولكنا أكدنا كذلك رأينا بأن هذا الإجراء مقصور على حالة الزوجة الناشز التى ترفض المعاشرة الزوجية، وأن استعماله مقصور كذلك على الزوج السوى الصالح، وأنـنا لا نـراه أسلوبا للتعامل بين زوجين صالحين، ولا نرى أن حق التأديب أساسه عقـد الزواج، بل سببه وعلته هى حالة استثنائية هى نشوز الزوجة، وخصوصا إذا وصـل إلى درجة تتعارض مع مبدإ شرعى مهم هو أن المعاشرة الجنسية الشرعية هى المقصد الأصلى من الزواج، وهذا هو أساس المبدإ الإسلامى بتحريم العلاقات الجنسية خارج نطاق الزواج الشرعى.

بقى أن نحدد المقصود بهذا النشوز، وما يسوغه من "ضرب".

* * *

مـا نقله فقيهنا منسوبا للإمام / أحمد والأشعث – يفسر لنا الحرج الذى يواجهه الفقه فى تفسير هذه الإباحة الاستثنائية للضرب عندما قالوا إن الزوج قد يستحى أن يـبرره بأنـه لجأ إليه "لأجل الفراش" – أى أنه اضطر إليه لعصيانها عن الاستجابة لحاجـته إلى المعاشرة الزوجية. ونعتقد أن علماء النفس والاجتماع أقدر على شرح الاعتـبارات التى تبيح للزوج هذا الإجراء ليصل إلى حقه المشروع الذى هو المقصد الأول من الزواج.

وإنى أعـتقد أن كـثيرين ممـن يسمون أنفسهم "نسائيين" ويرفعون ما يسمونه شـعارات الدفـاع عن حقوق المرأة أو المساواة بين الجنسين لا يهمهم هذا المقصد الشرعى من الزواج، لأنهم فى كثير من الأحيان يبيحون للجميع التسيب فى العلاقات الجنسـية خـارج نطـاق الزواج، أما شريعتنا فإنها توجب ضبطها فى إطار الزواج وتحـرمها خـارج نطاقه سواء للزوج أو الزوجة، وجعل ذلك التسيب أو الانحراف مكونا لجريمة الزنا وعقوبتها حدية بدنية. وتعويضا عن ذلك القيد الاجتماعى والأخلاقى

❁ حالة النشوز فى المعاشرة الشرعية تبيح أدنى درجات العنف ، وهو ما عبروا عنه "بالضرب غير المبرح" :

تحرص على إعطاء الزوجين حق المعاشرة الزوجية وتحصن هذا الحق وتحميه. وفى هذه الحالة أجاز الفقهاء أن يكون الضرب "من أجل الفراش".

كمـــا أنهم حرصوا على تحديد المقصود بالضرب – لأن كثيرين لا يلاحظون أن لفظ الضـــرب يمكـــن أن يشـــير إلى أشياء متباينة تبدأ "بضرب الأمثلة"، وما يسمونه فى الحساب جدول "الضرب" أى التكرار، وأخيرا ما يُعَدّ من قبيل الإيذاء البدنى أو مجرد استعمال العنف – وهذا له درجات يدخل ضمنها العنف الجنسى الذى يسميه العامة عندنا "ضرب الحبيب" ويَعُدُّونه دليلا على جموح الشهوة، وهو فى بعض البيئات من آثـــار فحولة بعض الرجال التى لا تغضب المرأة كثيرا فى بعض الأوساط. يؤيد ذلك إصـــرار فقهائنا على أن يكون الجواز للضرب فى أدنى درجاته التى يعبرون عنها بأنه "غـــير مبرح" وعرفه فى البند التالى بأنه لا يترك أثرا .. أى أنه مجرد استعمال القدر الـــلازم من العنف لمباشرة حقه فى معاشرة امرأته جنسيا. ومنطق شريعتنا أنه لو حرم من ذلك فإن البديل عنه هو أن نتيح له المعاشرة الجنسية خارج الزواج مع أى امرأة أجنبية أو حتى فى سوق رسمية للدعارة كما تفعل القوانين العصرية .

فى حـــين أن شريعتنا تَعُدّ هذه الإباحة أو "الحرية الجنسية" جريمة زنا معاقبا عليها بالجـــلد مائة مرة أو بالقتل رجما بالحجارة إذا كان محصنا. فالزواج الذى أحصنه هو الـــذى يعطيه حقا فى استعمال قوته لمعاشرة زوجته إذا حرمته من حقه فى "الفراش" الذى لا يجوز له أن يتجاوزه بأى معاشرة خارج الزواج .

‹عوده› ٣٥٥ ـ *حد الضرب* : وليس للزوج أن يضرب زوجته أى ضرب شاء فحقه مقيد بضربها ضربا غير مبرح لقوله ﷺ : "لكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحد تكرهونه، فإن فعلن فاضربوهن ضربا غير مُبَرِّحٍ" ...

والضرب غير المُبَرِّحِ هو الضرب غير الشديد، وقد فسره البعض بأنه الضرب الذى يؤلمها ولا يكسر لها عظما، ولا يدمى لها جسما. وقال البعض إنه الضرب الذى لا يسود الجلد ولا ينهر الدم وأن يكون مما يُعَدُّ مثله تأديبا. وعرفه البعض بأنه ما كان غير مدم ولا مدمن. وقال البعض إنه الضرب الذى لا يترك أثرا. وكل هذه التفسيرات على اختلاف عباراتها تؤدى معنى واحدا ...

ويشترط فى ضرب التأديب ألا يكون على الوجه، ولا على المواضع المخوفة كالبطن[1]...

ويشترط فى الضرب أن يكون بقصد التأديب، وألاّ يسرف فيه، وأن يكون مما يُعَدُّ مثله تأديبا، فإن كان كذلك فلا مسئولية على الزوج؛ لأن الفعل حقه فهو مباح له. ويراعى الوسط فى الضرب. فما يُعَدُّ تأديبا فى وسط قد لا يُعَدُّ تأديبا فى وسط آخر، وما يخرج عن حدود التأديب فى وسط قد لايصل حدود التأديب فى وسط آخر... ويصح أن يكون التأديب باليد وبالسوط وبالعصا...

ويشترط إذا كان التأديب على أمر تعاقب عليه السلطات العامة ألا يبلغ لهذه السلطات، وألا تكون الدعوى العمومية قد رفعت ضد الزوجة بشأن هذا الأمر، فإن حدث شيء من هذا فليس للزوج أن يؤدب الزوجة[2]. وتعليل هذا أن السلطات العامة هى المختصة أصلا بالعقاب، فإذا عرض الأمر عليها سقط حق الزوج فى التأديب؛ لأنه حق أعطى له استثناء حتى لا يؤدى تدخل السلطات العامة فى كل أمر إلى إساءة العلاقة بين الزوجين. فإذا سرقت الزوجة مثلا من جارتها أو سبتها ولم ترِ الجارة أن تلجأ للسلطات العامة، كان للزوج أن يؤدب زوجته على ما حدث منها. أما إذا لجأت الجارة للسلطات العامة، لم يكن للزوج أن يؤدب الزوجة إلا إذا كان هناك ما يمس حقوقه عليها، كأن يكون قد نهاها عن سب جارتها أو نهاها عن الخروج من المترل، فإن مخالفتها عصيان له واعتداء على حقه فيجوز له أن يؤدبها على هذا فقط،

---

(١) المغنى ج / ٨ ص / ١٦٣...

(٢) مواهب الجليل ج / ٤ ص / ١٥...

 لا على السرقة أو السب..وليس للزوج أن يؤدب الزوجة إذا اعتقد أو غلب على ظنه أن التأديب لا فائدة منه، وليس له أن يخرج على حدود التأديب إذا اعتقد أو غلب على ظنه أن إصلاحها لا يكون إلا بالضرب الشديد، ويُعَدُّ عمل الزوج فى الحالين اعتداء لا تأديبا[1]...

٣٥٦ـ *حكم السراية* : وإذا ضرب الزوج زوجته بقصد التأديب فتلفت من الضرب أو أصيبت بعاهة، فمن رأى مالك وأحمد أن الزوج لايضمن الزوجة إذا تلفت من التأديب المشروع على أن يكون الضرب مما يُعَدُّ مثله أدبا، فإن كان الضرب شديدا بحيث لايكون مثله أدبا للزوجة ففيه الضمان[2]...

أما أبو حنيفة والشافعى فيريان أن الزوج يضمن تلف زوجته سواء كان الضرب مما يُعَدُّ تأديبا أو كان أشد من ذلك. وحجة أبى حنيفة أن التأديب فعل يبقى المؤدب بعده حيا، فإذا أدى الضرب إلى تلف المضروب أو إلى تلف أحد أعضائه، فقد وقع قتلا أو قطعا لا تأديبا.

وحجة الشافعى أن التأديب ليس واجبا على الزوج، وإنما هو حقه ومتروك لاجتهاده، فيتحمل نتيجة اجتهاده. والمتأخرون من فقهاء مذهبى أبى حنيفة والشافعى يحتجون فى تحميل الزوج نتيجة الفعل بأن التأديب ليس واجبا عليه، وإنما هو حق له، واستعمال الحق مقيد بشرط السلامة وبأن حق الزوج فى التأديب متمحض لنفعه الشخصى وله أن يستعمله أو يتركه[3]...

وحجة مالك وأحمد أن استعمال الحق فى حدوده المقررة عمل مباح ولا مسئولية على عمل مباح...

٣٥٧ـ *المسئولية على التأديب* : ويتبين من الرأيين السابقين أن الزوج لا يسأل جنائيا ولا مدنيا عن التأديب ما دام فى حدوده المشروعة؛ لأنه يستعمل حقا أباحه له الشارع، أما إذا تعدى الزوج حدود التأديب المشروع فهو مسئول جنائيا ومدنيا عن فعله ...

والخلاف الذى عرضناه بين الفقهاء هو على الحالة التى لا يخرج فيها التأديب عن حدوده المقررة ولكنه يؤدى إلى الموت أو إلى تلف عضو...

---

(١) مواهب الجليل ج / ٤ ص / ١٦، أسنى المطالب ج / ٣ ص / ٢٣٩...

(٢) المغنى ج / ١٠ ص / ٣٤٩ ...

(٣) المغنى ج / ١٠ ص / ٣٤٩، حاشية الطهطاوى ج / ٤ ص / ٢٧٥، الأم ج / ٦ ص ٣١ و١٦٦ وما بعدها ...

355 – 357 – الضرب غير المُبَرِّح وشروط السلامة :

ما قدمناه من أن النص القرآنى الخاص بالضرب يتعلق بحالة استثنائية هى النشوز أى رفض المعاشرة الزوجية – معناه أننا لا نرى عَدَّه قاعدة فى العلاقة بين الزوجين فى الأحوال العادية. وإذا كان الفقهاء قد أجمعوا على أن المقصود بالضرب غير المبرِّح ما لا يترك أثرا، فلا نرى كيف يصل الإجراء إلى استعمال السوط والعصا – ولا نوافق على ذلك.

وإشارته إلى أن الزوج يسقط حقه فى التأديب على المعاصى التى تبلغ حد الجريمة إذا بلغ الأمر إلى السلطة العامة، لأن الأمر هو فى الأصل من اختصاصها – يرجح ما نراه من عدم الاعتراف للزوج بما يسمونه ولاية "التعزير". وأن الأمر يرجع فيه إلى القواعد العامة، إلا إذا قبلت الزوجة ذاتها تأديب الزوج لها؛ حتى لا يرفع أمرها إلى القضاء أو السلطة العامة، أو حتى لا يصل الخلاف إلى حد الفراق أو الطلاق.

ولا شك فى أن بقاء الخلافات الزوجية فى نطاق الأسرة أولى من الالتجاء إلى القضاء وما يتبع ذلك من علانية وتشهير.. وخاصة إذا خاضت فيه الصحف كما يحدث كثيرا فى هذه الأيام.

لقد عنى فقهاؤنا برسم الحدود التى تضمن عدم تهديد سلامة بدن الزوجة، ونحن نقدر لهم ذلك، لكننا نرى أن تأمين الكرامة يستحق عناية أكثر؛ فلا يجوز أن نقرر للزوج حقوقا ترى فيها الزوجة أنها تمس كرامتها وما تتمتع به من حرمة وثقة بالنفس. ولذلك فإننا نؤثر عدم استعمال عبارة "التعزير" لأن كثيرين يَعُدُّونَه مرادفا للعقوبات الجنائية، وإن كنا أشرنا مرارا إلى أن ذلك ليس المقصود فى فقهنا حيث يشير هذا الاصطلاح إلى تدابير عبادية كالصوم والكفارة وعتق الرقبة وإطعام المساكين، فضلا عن تدابير الإصلاح والتربية مثل الوعظ والنصح والتأنيب والهجر فى المضاجع وما إليها مما لا يصح عَدُّه ضمن "العقوبات".

وعلى العموم، فإن تجاوز حدود الحق المقرر فى هذا النص يترتب عليه معاقبة الزوج إذا كان فعله يكوِّن جريمة ضرب أو جرح أو أى جريمة أخرى طبقا للقانون العام.

﴿عوده﴾ ٣٥٨ـ *(ثانيا ـ تأديب الصغار)* : للأب الحق فى تأديب أولاده الصغار الذين دون البلوغ، وللمعلم أيا كان مدرسا أو معلم حرفة تأديب الصغير، وللجد وللوصى تأديب من تحت ولايتهما، وللأم حق التأديب على رأى إذا كانت وصية على الصغير أو كانت تكفله، ولها هذا الحق فى غيبة الأب، وفيما عدا هذه الأحوال فليس لها حق التأديب على الرأى الراجح[1]...

٣٥٩ـ *شروط تأديب الصغار* : ويشترط فى تأديب الصغار ما يشترط فى تأديب الزوجة. فيجب أن يكون التأديب لذنب فعله الصغير لا لذنب يخشى أن يفعله، وأن يكون الضرب غير مبرح متفقا مع حالة الصغير وسنه، وألا يكون على الوجه والمواضع المخوفة كالبطن والمذاكير، وأن يكون بقصد التأديب، وألا يسرف فيه، وأن يكون مما يُعَدُّ مثله تأديبا للصغير. فإذا كان الضرب فى هذه الحدود فلا مسئولية على الضارب؛ لأن الفعل مباح له.

٣٦٠ـ *حكم السراية* : وإذا أدى الضرب إلى تلف الصغير أو تلف أحد أعضائه، فمالك وأحمد يريان أن المؤدب لا يضمن مادام الضرب مما يُعَدُّ مثله أدبا، وما دام التأديب فى حدوده المشروعة. فإن كان الضرب شديدا بحيث لا يُعَدُّ مثله أدبا فالمؤدب مسئول عنه جنائيا[2]...

ويرى الشافعى أن المؤدب ضامن تلف الصغير وتلف أطرافه فى أى حال؛ لأن التأديب حقه وليس واجبا عليه، فله أن يتركه وله أن يفعله فإن فعله فهو مسئول عنه[3]...

ورأى أبى حنيفة الشخصى أن الأب والجد والوصى يضمنون تلف الصغير أو تلف أطرافه، كما يضمن الزوج زوجته. ولكن هذا الرأى غير معمول به فى المذهب، بل إن بعض الفقهاء يرى أن أبا حنيفة عدل عنه. والرأى المعمول به فى المذهب هو رأى أبى يوسف ومحمد، وهما يريان أن الأب والجد والوصى مأذونون فى الفعل ولا مسئولية عما تولد عن فعل مأذون فيه. أما المعلم والمدرس، فيفرق أبو حنيفة وأصحابه

---

(١) أحكام القرآن للجصاص ج / ٢، ص / ١١، حاشية الطهطاوى ج / ٥ ص / ٢٧٥ ...
(٢) المغنى ج / ١٠ ص / ٣٤٩، ٣٥٠ ...
(٣) الأم ج / ٦ ص / ١٦٦ وما بعدها ...

﴿عوده﴾ بـين ما إذا كان الضرب بغير إذن الأب أو الوصي، وفى هذه الحالة يكون الضارب مسئولا جنائيا؛ لأنه متعد فى الضرب حيث ضرب من لم يؤذن له فى ضربه؛ فأمـا إذا كان الضرب بإذن الأب أو الوصى فلا مسئولية للضرورة؛ لأن المعلم إذا علم أنه يلزمه الضمان بالسراية يمتنع عن التعليم والناس فى حاجة إليه فأسقطوا اعتبار السـراية فى حقه لهذه الضرورة. فمذهب أبى حنيفة وأصحابه فى تأديب الصغار يتفق مع مذهبى مالك وأحمد[1] فى النتيجة...

ويفـرق بعـض الحـنفية بين ضرب التأديب وضرب التعليم، ويرون أن ضرب الـتأديب حق، وأن ضرب التعليم واجب، والأول مقيد بشرط السلامة والثانى غير مقيد. والتفرقة مقصورة على الضرب المعتاد فى الكم والكيف والمحل، أما غير المعتاد فموجب للضمان فى الكل أى فى ضرب التأديب وضرب التعليم[2]...

ونستطيع أن نميز على ضوء هذه التفرقة بين ضرب الزوج وغيره، فضرب الزوج للتأديب دائما، أما ضرب الأب والجد والولى والوصى والمعلم فقد يقصد به التعليم، وقد يقصد به التأديب، ولكن معنى التأديب يختلط بمعنى التعليم فى حالة الصغير؛ لأن كل تأديب له يقصد منه تعليمه أكثر مما يقصد منه زجره...

٣٦١ـ *الفـروق بـين المذاهـب* : يختلف مذهب مالك والشافعى وأحمد عن مذهب أبى حنيفة فى أنهم يَعُدُّون التأديب بصفة عامة حقا لا واجبا، أما فى مذهب أبى حنيفة فيَعُدُّون تأديب الصغار واجبا بصفة عامة، أو واجبا على الأقل فى حالة ما إذا قصد به التعليم...

ويختـلف مذهب الشافعى عن مذهبى مالك وأحمد فى أن الشافعى يقيد استعمال الحـق بشرط السلامة، أما مالك وأحمد فلا يقيدان الحق بشرط ما دام الفعل قد وقع فى حدود الحق، ولذلك فمذهبهما فى نتيجته يتفق مع مذهب أبى حنيفة فى نتيجته ولو أن التأديب فى المذهب الأخير واجب لاحق...

---

(١) بدائع الصنائع ج / ٨ ص / ٣٠٥، حاشية الطهطاوى ج / ٤ ص / ٢٧٥...
(٢) حاشية الطهطاوى ج / ٤ ص / ٢٧٥

لا شك فى أن الصغير ناقص الأهلية، ولذلك فإن التأديب لازم لحمايته من أخطائه التى قد تضر به فى الحال أو فى المستقبل. وحق التأديب ثابت لكل من يتولى رعايته أو تهذيبه أو تعليمه، سواء فى ذلك الأب أو الأم أو الوصى. ولا نرى أى مبرر للتفريق بين الأم والأب فى هذا الحق، بل إن الأم أولى وأقرب للصغير وأحق الناس بتأديبه وتربيته، وهى التى تقوم بذلك عملا دائما، ولا يرفع الأمر للأب إلا فى حالات محدودة، ولذلك لا نوافق على ما سماه الرأى الراجح فى هذه المسألة.

وللمعلم والمربى حق التأديب ولكنه يمارسه بناء على تفويض صريح أو مفترض من ولى أمر الصبى. وهذا هو الحل الذى يمكن أن يسهل مهمة المدارس والمعلمين ويوجب التعاون بين المدرسة والأسرة فى هذا النطاق.

* * *

فيما يخص الضرر الذى يصيب الصغير فى سلامة جسمه واختلفت فيه الآراء، نرى أن يترك الأمر لقاضى الموضوع لتقدير مدى حسن نية المؤدب ومدى اتخاذه ما يلزم من احتياطات.

ومن ناحية أخرى، فإننا لا نرى مطلقا قياس حالة الأب أو المعلم على حالة الزوج التى بينا أنها لا تتجاوز تطبيق مبدإ الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر المتبادل الذى يتساوى فيه الطرفان، إلا فى حالة نشوز الزوجة برفض المعاشرة الزوجية التى هى حق للطرفين بمقتضى عقد الزواج.

إننا نفضل عدم وصف الإجراءات التى شرعها القرآن فى حالة النشوز بأنها "تأديب"، حتى لا يدعى البعض أن ذلك معناه أن الزوجة تصبح فى مرتبة الصغار القاصرين الذين يحتاجون إلى التأديب لحمايتهم من أخطائهم وانحرافاتهم – وهذا ما لا يجوز نسبته إلى فقهنا أو إلى شريعتنا التى سبقت جميع الشرائع القديمة والحديثة فى الاعتراف للنساء بالأهلية الكاملة والحق الكامل فى التصرفات المالية التى لم تعترف بها القوانين الأوربية إلا بعد تطور وكفاح طويل لم ينته بعد.

الفرع الثالث
في التطبيب

﴿عوده﴾ ٣٦٢ - **إباحة التطبيب** : من المتفق عليه في الشريعة أن تعلم فن الطب فرض من فروض الكفاية، وأنه واجب حتم على كل شخص لا يسقط عنه إلا إذا قام به غيره. وقد عُدَّ تعلم الطب فرضا لحاجة الجماعة للتطبيب؛ ولأنه ضرورة اجتماعية. وإذا كان الغرض من تعلم الطب هو التطبيب، وكان تعلم الطب واجبا، فيترتب على هذا أن يكون التطبيب واجبا على الطبيب لا مفر له من أدائه. على أن التطبيب يُعَدُّ واجبا وفائيا كلما وجد أكثر من طبيب في بلدة واحدة، فإذا لم يوجد إلا واحد فالتطبيب فرض عين عليه أي أنه واجب غير قابل للسقوط. والنتيجة البديهية لحسبان التطبيب واجبا ألاَّ يكون الطبيب مسئولا عما يؤدي إليه عمله قياما بواجب التطبيب؛ لأن القاعدة أن الواجب لا يتقيد بشرط السلامة. لكن لما كانت طريقة أداء هذا الواجب متروكة لاختيار الطبيب وحده ولاجتهاده العلمي والعملي، فقد دعا ذلك إلى البحث فيما إذا كان يسأل جنائيا عن نتائج عمله إذا أدى عمله إلى نتائج ضارة بالمريض بحُسبان أنه حين يؤدي واجب التطبيب أشبه بصاحب الحق منه بمؤدي الواجب لما له من السلطان الواسع وحرية الاختيار في الطريقة والكيفية التي يؤدي بها عمله ...

وقد أجمع الفقهاء على عدم مسئولية الطبيب إذا أدى عمله إلى نتائج ضارة بالمريض، ولكنهم اختلفوا في تعليل رفع المسئولية. فأبو حنيفة يرى أن المسئولية ترتفع لسببين : أولهما الضرورة الاجتماعية، إذ الحاجة ماسة إلى عمل الطبيب، وهذا يقتضي تشجيعه وإباحة العمل له ورفع المسئولية عنه حتى لا يحمله الخوف من المسئولية الجنائية أو المدنية على عدم مباشرة فنه وفي هذا ضرر عظيم بالجماعة ... ثانيهما : إذن المجني عليه أو وليه، فاجتماع الإذن مع الضرورة الاجتماعية أدى لرفع المسئولية[1] ...

ويرى الشافعي أن علة رفع المسئولية عن الطبيب أنه يأتي فعله بإذن المجني عليه، وأنه يقصد صلاح المفعول ولا يقصد الإضرار به، فإذا اجتمع هذان الشرطان كان

---

(١) بدائع الصنائع ج / ٧ ص / ٣٠٥ ...

<عوده> العمل مباحا للطبيب وانتفت مسئوليته عن العمل إذا كان ما فعله موافقا لما يقول به أهل العلم بصناعة الطب[1]. ويتفق رأي أحمد مع رأي الشافعي[2] ...

أما مالك، فيرى أن سبب رفع المسئولية هو إذن الحاكم أولا، وإذن المريض ثانيا، فـإذن الحاكم يبيح للطبيب الاشتغال بالتطبيب، وإذن المريض يبيح للطبيب أن يفعل بالمريض ما يرى فيه صلاحه، فإذا اجتمع هذان الإذنان فلا مسئولية على الطبيب ما لم يخالف أصول الفن أو يخطئ في فعله[3] ...

وعـلى هذا فالطبيب غير مسئول عن عمله؛ لأن من واجبه أن يؤديه، ولا يسأل عن نتائج عمله ولو أن له حرية كاملة في اختيار هذا العمل وفي اختيار الطريقة التي يـؤدي بهـا هذا العمل، لو جرح الطبيب شخصا فمات أو أعطاه دواء فأحدث له تسمما أدى لموته فلا مسئولية على الطبيب من الناحية الجنائية أو المدنية .

٣٦٣ـ *حسـن الـنية* : والمفـروض في الطبيب أنه يؤدي عمله بقصد نفع المريض وبحسـن نية، فإذا قصد قتل المريض أو كان سيئ النية في عمله فهو مسئول عن فعله جـنائيا ومدنيـا، ولو لم يؤد فعله إلى الوفاة أو إحداث عاهة، بل ولو أدى فعله إلى إصلاح المريض؛ لأن فعل الطبيب في هذه الحالة يقع فعلا محرما معاقبا عليه ...

٣٦٤ـ *خطـأ الطـبيب* : إذا أخطأ الطبيب في عمله فإنه لا يسأل عن خطئه إلا إذا كـان خطـأ فاحشا، والخطأ الفاحش هو ما لا تقره أصول فن الطب ولا يقره أهل العلم بفن الطب. ويضرب الفقهاء مثلا على الخطإ غير الفاحش قصة صبية سقطت من سطح فانتفخ رأسها فقال كثير من الجراحين إن شققتم رأسها تموت، وقال واحد منهم إن لم تشقوه اليوم تموت وأنا أشقه وأبرئها، فشقه فماتت بعد يوم أو يومين، ولما سـئل في ذلـك أحد الفقهاء المشهورين أفتى بأنه ما دام الشق بإذن، وما دام الشق معـتادا ولم يكن فاحشا خارج الرسم أي: لم يكن هناك خروج فاحش على القواعد الفـنية المرسومة لهذا الشق، فإن الطبيب لا يضمن أي: لا يسأل جنائيا ولا مدنيا. فقيل

(١) نهاية المحتاج ج / ٨ ص /٢ ...
(٢) المغني الجزء العاشر ص / ٣٤٩، ٣٥٠ ...
(٣) مواهب الجليل ج / ٦ ص /٢٣١...

﴿عوده﴾ لــه: فإن قال الطبيب إن ماتت فأنا ضامن هل يضمن؟ فقال: إنه لا يضمن؛ لأن ضمان الطبيب يترتب على خطئه الفاحش لا على تعهده بنجاح العملية[1] ...

٣٦٥ ـ *إذن المـريض* : ويشـترط لـرفع المسئولية عن الطبيب أن يأتي الفعل بإذن المريض أو بإذن وليه أو وصيه، فإن لم يكن للمريض ولي أو وصي، وجب إذن الحاكم باعتباره ولي من لا ولي له، وإذن الحاكم في إجراء جراحة لمريض لا ولي له يختلف عن إذن الحاكم للطبيب في مباشرة التطبيب بصفة عامة ...

---

(١) حاشية الطهطاوي ج / ٤ ص / ٣٧٦ ...

362 – 365 – الطب واجب كفاية وحكم أخطاء الطبيب:

من واجبات الجماعة كلها أن توفر العلاج للمرضى من أفرادها، وهذا هو أساس ما يسمى فى العصر الحاضر بنظام التأمين الصحى الذى أصبح من أهم علامات التقدم الاجتماعى فى أيامنا، وقد سبقت الشريعة جميع الشرائع إلى تقرير هذا المبدإ بِعَدِّه من فروض الكفاية.

سبق أن قلنا إن شريعتنا تميزت بما تسميه فروض الكفاية التى يأثم جميع أفراد المجتمع إذا لم يقم واحد منهم بها – ولا نظير لهذه الفكرة فى أى شريعة فى الماضى أو الحاضر. كما أنها لا تقتصر على الطب، بل تمتد إلى جميع ما يحتاج إليه الفرد لحياته بما فى ذلك ما يكفيه من طعام وشراب ومسكن لائق وكل ضرورات حياته الإنسانية بل والأسرية.

ومـا دام الطب واجبا، فإن عمل الطبيب يكون مباحا، ولا يمكن مساءلته عنه، طالما أنه يلتزم بحدود مهنته وعلمه ويعمل بقصد العلاج.

* * *

يحدث فى كثير من الأحيان أن يفشل الطبيب فى علاجه، وكثيرا ما يموت المريض أو يصاب بضرر برغم العلاج، وهنا يسارع البعض لاتهام الطبيب بالتقصير أوالجهل أو الخطإ، برغم المثل الشائع "خطأ الطبيب إصابة القدر".

والإسراف فى اتهام الأطباء قد يؤدى إلى صرفهم عن الإقدام على القيام بمهمتهم، لذلك فقد استقر الجميع على أنه لا يمكن مساءلة الطبيب إلا إذا كان خطؤه فاحشا أو كان خارجا عن "أصول المهنة"، وهذه الأصول يحددها الخبراء والأطباء.

وزيـادة فى الاحـتياط، فقد جرى الأطباء على الحصول على موافقة خطية من المـريض أو ولى أمـره عـلى إجـراء بعض العمليات الخطيرة إذا كان العلاج فيه احتمالات الفشل أو الضرر، وإن كان ذهاب المريض للطبيب فى ذاته يُعَدُّ موافقة منه على العلاج أو طلبه ...

عوده ٣٦٦ ـ *إذن ولي الأمر*: وليس في الشريعة ما يمنع ولي الأمر من أن يشترط في الطبيب أن يكون على درجة معينة من العلم، وأن تتوافر فيه مؤهلات خاصة، وألاّ يباشر التطبيب إلا إذا رخص له ولي الأمر بمباشرته. وقد جعل مالك إذن الحاكم في التطبيب شرطا في انتفاء المسئولية عن الطبيب كما قدمنا ...

ومن تطبب وهو غير طبيب كان مسئولا عن عمله لقوله ﷺ : "من تطبب ولم يعرف الطب فهو ضامن"، فإن قصد العدوان والإضرار فهو متعمد، وإن لم يقصد الإضرار بالمريض ولا العدوان فهو مخطئ على رأي ومتعمد على رأي[1]، والرأي الأول هو الراجح ...

٣٦٧ ـ *شروط عدم المسئولية* : يستنتج مما سبق أنه يشترط لعدم المسئولية عن التطبيب الشروط الآتية :

(١) أن يكون الفاعل طبيبا...

(٢) أن يأتي الفعل بقصد العلاج وبحسن نية...

(٣) أن يعمل طبقا للأصول الطبية...

(٤) أن يأذن له المريض أو من يقوم مقامه كالولي ...

فإذا توافرت هذه الشروط في التطبيب فلا مسئولية، وإن انعدم أحدها كان الفاعل مسئولا.

٣٦٨ ـ *الملحقون بالأطباء، ويلحق بالطبيب البيطار والحجام والخاتن، وحكمهم جميعا حكم الطبيب من حيث المسئولية*: ويشترط في عملهم ما يشترط في عمل الطبيب. فيجب في الختان مثلا أن يكون الفاعل خاتنا، وأن يأتي الفعل بحسن نية وبقصد الختان، وأن يعمل طبقا للأصول الفنية، وأن يأذن له المختون أو من يقوم مقامه كالولي ...

٣٦٩ ـ *بين الشريعة والقوانين الوضعية* : تتفق القوانين الوضعية مع الشريعة الإسلامية في عَدِّ التطبيب عملا مباحا، كما تتفق مع الشريعة في الشروط التي تمنع من المسئولية فتستلزم أن يكون الفاعل طبيبا، وأن يأتي الفعل بقصد العلاج وبحسن نية، وأن يعمل طبقا للأصول الفنية، وأن يأذن له المريض في الفعل ...

---

(١) شرح الزرقاني على مختصر خليل ج /٨ ص / ١١٦، ١١٧، نهاية المحتاج ج/٨ ص/٣٢ ...

﴿عوده﴾ وتَعُدُّ القوانين الوضعية التطبيب حقا، بينما تَعُدُّه الشريعة واجبا. ولا شك ف أن نظرية الشريعة أفضل؛ لأنها تلزم الطبيب بأن يضع مواهبه في خدمة الجماعة، كما أنها أكثر انسجاما مع حياتنا الاجتماعية القائمة على التعاون والتكاتف وتسخير كل القوى لخدمة الجماعة...

وقد اختلف شراح القوانين ورجال القضاء في تعليل ارتفاع المسئولية عن الطبيب[1]. فذهب الفقه والقضاء في إنجلترا إلى أن سبب عدم المسئولية هو رضاء المريض بالفعل، وأخذ بهذا الرأي بعض الشراح في ألمانيا وفرنسا، وحكمت به المحاكم في فرنسا ومصر قديما[2]. وذهب كثير من الشراح الفرنسيين إلى أن سبب ارتفاع المسئولية هو انعدام القصد الجنائي؛ لأن الطبيب يفعل الفعل بقصد شفاء المريض، وقد أخذ القضاء المصري وقتا ما بهذا الرأي[3]. والرأي الأخير الذي يسود اليوم في مصر وفرنسا هو أن التطبيب عمل مشروع تبيحه الدولة وتنظمه وتشجع عليه؛ لأن الحياة الاجتماعية تقتضي ذلك. وهذه التعليلات على اختلافها هى نفس التعليلات التي ذكرها الفقهاء الإسلاميون لعدم مسئولية الطبيب إذا أدى عمله إلى نتائج ضارة بالمريض ...

(١) القانون الجنائي لعلي بدوي ص / ٤٠٠ ومابعدها، شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسي والسعيد مصطفى ص / ٤٢٢ ...

(٢) نقض ٢٤ إبريل سنة ١٨٧٩، القضاء السنة الرابعة ص / ٢٥١ ...

(٣) نقض في ١٨ إبريل سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية س/١٨ رقم ١٨ ص / ٣١ ...

نظرا لأن العلاج فى الأصل واجب كفاية على المجتمع كله – وما لا يتم الواجب إلا بـــه فهو واجب – لذلك فإنه على الجماعة أن توفر المؤسسات اللازمة لتخريج الأطباء وتدريبهم، وأن تفرض شروطا على من يزاولون هذه المهنة، أولها أن يكونوا حاصـــلين على مؤهل علمى كاف، وأن توجد مؤسسة تعطى لذوى المؤهلات الإذن بمـــزاولة المهـــنة. وهذا كله تطبيق لمبدإ عَدِّ الطب واجب كفاية، أى أنه واجب فى الأصل على الجماعة ذاتها؛ فمن يمارسون المهنة يعملون نيابة عنها وبإذنها.

وعـــليه فـــإن مجـــرد مزاولة تلك المهنة دون إذن يكون خطأ كافيا يترتب عليه المســـئولية المدنيـــة والجنائية، كمن يقود سيارة أو طائرة دون الحصول على رخصة بذلك. ويكفى للمسئولية تخلف شرط من الشروط الأربعة التى أشار إليها.

* * *

إلى جانب الأطباء، يوجد فى المجتمع طوائف تمارس مهام مكملة للطب، وفى كثير مـــن الأحيـــان لا يشترط فيهم إذن رسمى أو رخصة أو مؤهل علمى، بل يكتسبون خـــبرتهم بالـــتدريب العمـــلى والعرف الشعبى. ومن أهم أمثالها المولدات (الداية أو القابـــلة) وحلاق الصحة، ومن ذكرهم فى المتن. وإذا كانت الحكومات قد أصبحت تعطى ترخيصا لأمثال هؤلاء وخصوصا المرضين والممرضات فإن العرف الشائع فى بعض المجتمعات يكفى ...

كمـــا أن القوانـــين الوضعية واللوائح أصبحت تضع شروطا كثيرة للمؤسسات العلاجيـــة ومـــزاولة مهنة الطب والمهن المكملة له والتمريض وما إليه، ومخالفة هذه الأنظمـــة يُعَدُّ قرينة على الخطإ فى حالة حدوث نتائج ضارة عن عمل الطبيب أو من يقوم بعمل مماثل أو مكمل.

الفرع الرابع
في ألعاب الفروسية

‹عوده› ٣٧٠ـ *حكم الشريعة في ألعاب الفروسية* : تحتفل الشريعة بألعاب الفروسية وتحض عليها بحُسبانها مقوية للأجسام منشطة للعقول، كما أنها مظهر للمهارة ودعوة للشجاعة والفتوة. وتشمل ألعاب الفروسية في الشريعة ما نسميه اليوم بالألعاب الرياضية وألعاب الفروسية والسباق، فكل ذلك يدخل تحت مدلول لفظ الفروسية ...

وتجيز الشريعة من أنواع الفروسية كل ما يؤدي إلى التفوق في القوة والمهارة مما ينفع الجماعة وقت السلم أو وقت الحرب، كالمسابقة بالأقدام، وسباق الخيل، وسباق السفن والسيارات والطائرات، وسباق الطير وما أشبه، وكاللعب بالشيش والمزاريق والسيوف والعصى، وكالرماية بالنبال والمنجنيق والأسلحة النارية، وكالمصارعة والملاكمة والعلاج[1] أي : رفع الأثقال وشد الحبل والسباحة وغيرها...

وتمتاز الشريعة الإسلامية بأنها جاءت صريحة في الأمر بالفروسية والترغيب فيها وذلك قوله ﷻ:﴿وأعدُّوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل﴾ [الأنفال: ٦٠]. وقول الرسول ﷺ "ألا إنَّ القوة الرمي ... ألا إن القوة الرمي". وقوله : "المسلم القوى خير من المسلم الضعيف". وقوله: "إن الله يدخل بالسهم الواحد ثلاثة في الجنة: صانعه يحتسب في صنعه الخير، والرامي به، ومنبله. ارموا واركبوا، وأن ترموا أحب إليَّ من أن تركبوا. وليس من اللهو إلا ثلاث: تأديب الرجل فرسه، وملاعبته أهله، ورميه بقوسه ونبله، ومن ترك الرمي بعد ما علمه رغبة منه فإنها نعمة تركها"...

ولقد ثبت عن النبي ﷺ أنه سابق بالأقدام، وثبت عنه أنه سابق بين الإبل، وثبت عنه أنه سابق بين الخيل، وثبت عنه أنه حضر نضال السهام وصار مع إحدى الطائفتين، فأمسكت الأخرى وقالوا : كيف نرمي وأنت معهم ؟ فقال: "ارموا وأنا معكم كلكم"، وثبت أنه صارع ركانة، وثبت عنه أنه طعن بالرمح وركب الخيل مسرجة ومعراة ...

ولقد حرص أصحاب الرسول على تنفيذ هذه النصوص والعمل بها. من ذلك ما رواه مصعب بن سعد قال: كان سعد يقول: أي بني: تعلموا الرماية فإنها خير لعبكم.

(١) يعبر الفقهاء عن رفع الأثقال بالعلاج، راجع كتاب الفروسية لابن القيم ص / ٧ ...

﴿عوده﴾ وكتب عمر بن الخطاب إلى أبي عبيدة بن الجراح "أن علموا غلمانكم العوم ومقاتلتكم الرمي". وكتب إلى عامله بآذربيجان كتابا جاء فيه: "اخشوشنوا، واخلولقوا[1]، واقطعوا الركب[2]، وانزوا على الخيل نزوا، وارتموا الأغراض[3]" ...

والأصل في الشريعة الإسلامية أن كل ما ينفع الأمة في دينها أو دنياها من علم أو فن أو صناعة، فهو من فروض الكفاية، وتعلمه واجب على الأمة ولاخيار لها في الأخذ به أو تركه. وعلى هذا، تكون الفروسية – بما يدخل تحتها من ضروب المهارة والقوة والتفوق – فرضا من فروض الكفاية، وواجبا على الأفراد ليس لهم أن يتخلوا عنه ...

وتجيز الشريعة العوض في الرمي وفي المسابقة تشجيعا للأفراد على الإقدام عليها والتفوق فيها. وللفقهاء آراء مختلفة فيما يجوز فيه العوض وما لا يجوز فيه[4] ...

ويرى مالك أن يكون العوض دائما من بيت المال؛ لأن ألعاب الفروسية تعود منفعتها للجماعة، وهي إعداد عسكري للأفراد. ولكن أبا حنيفة والشافعي وأحمد يجيزون أن يكون العوض من بيت المال، أو من مال غير اللاعبين، أو من مال أحد اللاعبين دون الآخر بحيث إذا تفوق الآخر أخذ العوض، وإن لم يتفوق لم يأخذه[5] ..

٣٧١ـ *حكم إصابات اللعب* : وألعاب الفروسية قد تؤدي إلى إصابات تقع على اللاعبين أو على غيرهم، فإن نشأت هذه الإصابات عن لعبة لا تقوم على استعمال القوة والعنف بين اللاعبين، وليس في ممارستها ما يستلزم استعمال القوة مع الخصم أو يحتم ضربه أو يعرضه للجرح، فمثل هذه الإصابات تحكمها قواعد الشريعة العامة؛

---

(١) اخلولقوا أي تهيأوا لمايراد منكم، وكونوا خلقاء به جديرين بفعله ...

(٢) أمرهم بقطع الركب حتى لايعتادوا الركوب دائما بالركاب...

(٣) ارتماء الأغراض هو رمي الأهداف...

(٤) يرى البعض أن العوض لايكون إلا في الرمي وفي مسابقة الخيل والإبل، ويراه البعض جائزا في المسابقة بالأقدام وفي المصارعة والسباحة ورفع الأثقال والمشابكة بالأيدي وفي سباق البغال والحمير والبقر والفيلة. والفريق الأول هم المالكية والحنابلة، والفريق الثاني هم الحنفية والشافعية على خلاف بينهم...

(٥) مواهب الجليل ج/٣ ص/٣٩٠ وما بعدها، حاشية ابن عابدين ج/6 ص٦٥٧، مجمع النهر ج/٢ ص/ ٥٢٦، تحفة المحتاج ج/٤ ص/٢١٥ وما بعدها، المغنى ج/١١ ص/١٢٨ وما بعدها، الفروسية ص/ ٦٩ وما بعدها ...

<عوده> لأنها ليست من ضروريات اللعبة، فإن تعمدها أحد فهو مسئول عنها بحسبانها جريمة عمدية، وإن وقعت نتيجة إهمال أو رعونة فهو مسئول عنها بحسبانها جريمة غير عمدية ... أما الألعاب التي تستلزم استعمال القوة مع الخصم كالمصارعة أو تستلزم الضرب كالملاكمة والتحطيب، فإن الإصابات الناشئة عنها لاعقاب عليها إذا لم يتعد محدثها الحدود المرسومة للعب؛ لأن وجوب ممارسة اللعبة يقتضي بذاته إباحة ما يصحبها عادة من إصابات في الحدود المعروفة، فإذا تعدى اللاعب حدود اللعب وأحدث بزميله إصابة ما، فهي جريمة عمدية إذا تعمدها، وجريمة غير عمدية إذا لم يتعمدها ...

٣٧٢ ـ *بين الشريعة والقانون* : هذا هو حكم ألعاب الفروسية في الشريعة الإسلامية. أما حكمها في القوانين الوضعية فغير متفق عليه. فبعض البلاد يَعُدها أفعالا مباحة، وبعضها يَعُدُّ ما يحدث عنها من ضربات أو إصابات جرائم، وبعض ولايات أمريكا المتحدة تأخذ بالفكرة الأولى، وبعضها يأخذ بالفكرة الثانية. وتقضي المحاكم في بلجيكا بالعقوبة على ما يحدث من إصابات نتيجة ممارسة الألعاب الرياضية، بينما تقضي المحاكم في فرنسا بالبراءة. والسائد في إنجلترا وإيطاليا وألمانيا أن الألعاب الرياضية مشروعة في حدود معينة ولا يترتب عليها أي مسئولية، وفي مصر وفرنسا يرى البعض ارتفاع المسئولية، ويرى البعض المسئولية، والرأي الأول هو الراجح... واختلف شراح القوانين في سبب ارتفاع المسئولية، فقال البعض إنه انعدام القصد الجنائي، وقال البعض إنه رضاء المجني عليه، وقال البعض الأخير بأن الدولة تَعُدُّ الألعاب مشروعة فتبيحها وتشجع عليها، فمن يمارسها فإنما يمارس حقا خوله له القانون، وممارسة الحق لايترتب عليها مسئولية[1]. وهذا الرأي هو أحدث الآراء وأرجحها، والعمل به يؤدي إلى نفس النتائج التي تؤدي إليها نظرية الشريعة الإسلامية. والفرق الوحيد بين نظرية الشريعة وهذا الرأي أن الشريعة ترى في ألعاب الفروسية واجبا على الأفراد، بينما هي طبقا لهذا الرأي حق لا واجب ...

---

(١) القانون الجنائي لعلي بدوي ص/٣٩٨، شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسي والسعيد مصطفى ص/٤٢١ : ٤٢٢ ...

<عوده> ونظرية الشريعة أدق منطقا؛ لأن العاب الفروسية ضرورة اجتماعية اقتضتها مصلحة الأفراد والجماعة من الوجهات الصحية والخلقية والحربية والاجتماعية، ولا توجــد دولة اليوم إلا وتحض عليها وتشجعها وتلقنها للنشء في المدارس كما تلقن العــلوم الضــرورية. بل إنها أصبحت من العلوم الأولية في المدارس التي تُعدُّ رجال الشرطة والجيش. وإذا كان لألعاب الفروسية هذه المنزلة في حياة الأمة، فمن المنطق أن تُعَــدَّ واجبا على الأفراد لا حقا لهم؛ لأن الواجب هو ما لا يستطيع التخلي عنه، أما الحق فلا حرج على صاحبه أن يأتيه أو يتركه...

❁ 370 – 372 – الألعاب الرياضية وما يترتب عليها :

تُعَدُّ ممارسة الرياضة ضرورة صحية، ولذلك فإن شريعتنا توجب على المجتمع توفير أسبابها، وتُعَدُّ كذلك من فروض الكفاية. والسبب هو أن صحة الأجسام تدخل ضمن الاستعداد للدفاع ومقاومة العدوان على الشعب والوطن، وما يدخل فى باب الرياضة يرجع فيه إلى الرأى العام، وكثيرا ما تستحدث رياضات جديدة، ومن واجب الجماعة تنظيم ممارسة الألعاب التى قد يترتب عليها مخاطر معينة، والعرف هو الذى يضع لكل لعبة أصولها وقواعدها.

وطالما أن اللاعب التزم بأصول اللعبة، فإنه لا يؤاخذ حتى ولو كان الفعل يكون جريمة، كجريمة الضرب فى الملاكمة وأمثالها، أو يحدث ضررا. لكن إذا خرج عن حدود اللعب أو قصد الإساءة فإن القواعد العامة تطبق بما فى ذلك العقوبات الجنائية والتعويض المدنى.

ولاشك فى أن ممارسة الرياضة يكون عملا اختياريا، ومعنى ذلك أن من يشارك فى اللعب يقبل مقدما كل ما يدخل فى نطاقها عرفا.

وقد أصبح للرياضة أهمية خاصة فى العصر الحاضر بسبب حماسة الجماهير واندفاعهم فى تأييد الفرق الرياضية، مما يترتب عليه مشاحنات ومصادمات، لذلك فإن القوانين الوضعية واللوائح تزداد لتنظيم التدريب على الرياضة وتنظيمها بل ومشاهدتها.

ولا تكتفى شريعتنا بفرض الكفاية على المجتمع، بل إن مزاولة الرياضة واجب فردى على كل مواطن ليُعِدَّ نفسه للدفاع عن نفسه وعن أسرته ووطنه. وقد أشرنا من قبل إلى أن ذلك هو أساس مبدإ الخدمة العسكرية الإجبارية، ولذلك فإن من أوائل عناصر هذه الخدمة التدريبات الرياضية التى ترفع مستوى الكفاءة الصحية. وإذا كانت بعض الدول تلغى مبدأ الخدمة العسكرية الإجبارية، فإن ذلك يوجب اهتماما أكبر بتشجيع الرياضة البدنية وتوفير أسبابها، لأن الفرد قد يضطر للدفاع عن نفسه وأسرته بل ووطنه برغم أنه لا يدخل ضمن الجيش النظامى ...

الفرع الخامس

إهدار الأشخاص

﴿عوده﴾ ٣٧٣ ـ *معنى الإهدار* : الإهدار هو الإباحة، ويقع على نفس الشخص أو على طرفه أو على ماله. فإذا وقع الإهدار على نفس شخص أبيح جرحه أو قطعه أو قتله، وإذا وقع الإهدار على طرف شخص لم يبح من الشخص إلا قطع هذا الطرف، وإذا وقع الإهدار على مال شخص أبيح ماله كإباحة مال الحربي. والمقصود من هذا البحث إهدار الأشخاص لا إهدار الأموال ...

ونستطيع أن نعرف إهدار الشخص بأنه إباحة نفس الشخص أو طرفه، كما نستطيع أن نعرف الشخص المهدر بأنه من أبيحت نفسه أو طرفه ...

373 – التعريف :

سنقدم للقارئ تعريفنا للإهدار قبل أن نعرض الأحكام الخاصة به. وسيرى القارئ أن بعض الأحكام التى ننتهى إليها تختلف عما قدمه فقيهنا. وسنده أنه نقلها عن بعض كتب الفقه، وحجتنا أننا ننطلق من المبادئ الأساسية والنظريات العامة التى ذكر بعضا منها فى صدر بحثه لتأكيد أهميتها.

أول هذه المبادئ أن العقوبة الجنائية حق للمجتمع لأن نظامه وأمنه هو المجنى عليه دائما فى كل الجرائم بلا استثناء.

ينتج عن ذلك فى نظرنا أن الجزاءات الأصلية فى جميع الجرائم هى تعازير تقررها الجماعة ويقدرها أولو الأمر الذين تفوضهم لذلك فى نطاق مبادئ الإسلام وأصول شريعته، وأن عقوبات الحدود والقصاص التى أوجبتها نصوص الكتاب والسنة فى بعض الجرائم المهمة هى عقوبات تطبق فى حالات محدودة وبشروط استثنائية تجعلها واجبة ومقدرة شرعا، لكنها تسقط لأى شبهة، وسقوطها لا يلغى حق المجتمع فى التعزير الذى هو الأصل فى نظرنا.

* * *

وحالات الإهدار التى نستعرضها فى هذا الفرع هى قسمان يجب التمييز بينهما فى نظرنا :

أولهما، حالات الإهدار التى تبيح أفعال العدوان على الأشخاص بِعَدِّها من أعمال القتال التى تجيزها حالة الحرب فى جميع الشرائع وجميع العصور، وهذه الإباحة مقصورة فى نظرنا على أعمال القتال فى حالة الحرب. وهنا يكون الإهدار مطلقا وسببا من أسباب الإباحة، لأن كل مقاتل يتعرض للقتل ويمارس حق الدفاع الشرعى عن شخصه، بل عن أمته، ووطنه، وعقيدته وهو حق مشروع لا جدال فيه.

* * *

أما القسم الثانى، فيشمل عقاب من ارتكبوا جريمة ليستحقوا بسببها عقوبة حد أو قصاص متلفة مقدرة وواجبة شرعا.

❁ لنا رأى يخالفه ونرى أن الاهدار المطلق يكون فى حالة الحرب :

وثبوت استحقاق العقوبات المتلفة المقدرة لا يكون فى نظرنا إلا بحكم قضائى بعد محاكمة شرعية. وهنا يكون الإهدار مطلقا يبيح للقاضى بحسبانه ممثل الجماعة أن يحكم بإدانة مرتكب الجريمة وعقوبته المقدرة المتلفة للنفس أو الأطراف.

فالإباحة الكاملة هنا للقضاء الذى يمثل المجتمع فى الحكم بالإدانة والعقوبة ويأمربتنفيذها ويشرف عليه – لذلك تمتد الإباحة إلى من ينفذون العقوبة بأمره وتحت إشرافه.

أما بالنسبة للأفراد، فإنه لا توجد فى نظرنا إباحة ولا إهدار كامل مطلق. فمن ينتقم ممن ارتكب جريمة عقوبتها متلفة مقدرة دون حكم قضائى يبقى عمله جريمة معاقبا عليها فى نظرنا، لكن عقوبته تعزيرية إذا كان قد اعتقد أن من حقه أن يمثل الجماعة فى معاقبة الجانى، فى هذه الحالة توجد شبهة تسقط الحد أو القصاص ويراعى فى تقدير الجزاء التعزيرى ظروف الفعل والفاعل .

ومعنى ذلك، أن الإهدار هنا بالنسبة للفرد، ولو كان هو المجنى عليه، هو إهدار نسبى محدود – فى حالة الاعتداء على شخص يستحق عقوبة بدنية مقدرة (قتل أو قطع عضو) بسبب ارتكابه جريمة يعاقب عليها بتلك العقوبة حدا أو قصاصا، ومعنى النسبية أنه يبيح للمجنى عليه أو ولى الدم حق طلب القصاص من القضاء أو التنازل عنه.

* * *

رأينا إذن هو أن الإهدار فى هذه الحالات يكون مطلقا فقط للجماعة ممثلة فى القضاء ومن ينفذون أحكامه، فعملهم مباح لأن الجماعة لها حق توقيع العقوبات وتنفيذها. ونرى أن الذى يمثلها هو القضاء والسلطة العامة وحدها، أما الأفراد فلا يجوز لهم توقيع الحد أو القصاص مباشرة، بل كل ما لهم هو الالتجاء للقضاء .

فى نظرنا أن الإهدار بالنسبة للأفراد يكون نسبيا فقط، لأن ثبوت ارتكاب المجنى عليه فعلا يستحق الجزاء الذى قررته الشريعة إنما يحكم به القضاء وحده، أما إذا قام الفرد بتوقيعه فقد يُعَدُّ أن هناك مجرد شبهة تمنع فرض عقوبة الحد أو القصاص على من اعتدى على شخص استحق تلك العقوبة، وهى شبهة تسقط الحد أو القصاص، بسبب أن الجانى معذور إذا اعتقد أن له الحق فى تنفيذ تلك العقوبة لأن المجنى عليه يستحق ذلك شرعا وظن أن من حقه تنفيذ العقوبة دون حاجة لحكم قضائى أو دعوى جنائية، وهذا

ظـــن خاطئ، ولذلك فإن من يفعل ذلك يستحق التعزير عن الجريمة التى ارتكبها (وهو العقوبة الأصلية فى جميع الجرائم) – وفعله يكون جريمة عادية تستحق التعزير الذي لا يسقط، ولو سقط الحد أو القصاص لوجود شبهه .

إن فعلـــه من توقيع عقوبة الحد أو القصاص على من يدعي أنه يستحقها شرعا لم يكن مباحا له فى نظرنا، وإن كان مباحا للقضاء الذى له وحده حق توقيع العقوبات بجميع أنواعها مستعملا حقا ثابتا للمجتمع، والذى يمثله هو القضاء وحده، ولا يجوز فى نظـــرنا للأفراد أن يدَّعوا لأنفسهم الحق فى توقيع جزاءات جنائية بحجة أنها حدود أو قصاص أى عقوبات مقدرة مفروضة.

وقد أشرنا فيما مضى إلى أننا نلتزم بهذا المبدإ – وهو عمومية الدعوى الجنائية فى جميـــع الأحـــوال، بما فى ذلك الجرائم المعاقب عليها بالقصاص التى جرى كثير من الفقهـــاء على عَدِّ الدعوى حقا للمجنى عليه فيها. وقد قلنا إن حق المجنى محصور فى طـــلب العقوبـــة القصـــوى، وهى القصاص، لكن هذا الطلب لا بد أن يفصل فيه القضاء. والأمر كذلك من باب أولى فى جرائم الحدود.

* * *

إن القصاص البدنى عقوبة استثنائية مقدرة لسبب اعتداء على سلامة الأشخاص أو حيـــاتهم، وقد قصد بها تأكيد مبدإ أساسى فى شريعتنا هو تكافؤ الدماء وتساوى الأفراد فى حقهم فى سلامة الأبدان – نتيجة لمبدإ المساواة بين أفراد المجتمع.

وإذا كـــان هناك من يوصفون بأنهم مهدرون بسبب ارتكابهم الجرائم التى يعاقب عـــليها بـــالحد أو القصـــاص، فإن معنى الإهدار بالنسبة لهم هو أنه يباح للجماعة (بواسطة من يمثلها وهو القضاء) الحق بالحكم عليهم بالعقوبة المقدرة حدا أو قصاصا، وســـبب إهـــدار دمهم أو سلامة أبدانهم – أو شرطه – هو الحكم القضائى عليهم بالعقوبـــة المقـــدرة، متى ثبت قضائيا ارتكابهم هذه الجرائم وأنهم يستحقون عقوبتها المقدرة بحكم القضاء. فى هذه الحالة إذا بادر المجنى عليه وولى دمه (في الجريمة الأولى) بالاعـــتداء عـــلى من يستحق عقوبة القصاص، فإن عمله جريمة (ثانية) يعاقب عليها (لكـــن عقابـــه يكون تعزيرا لأن استحقاق المجنى عليه في هذه (الجريمة الثانية) عقوبة مقدرة حدا أو قصاصا يصبح شبهة تسقط حق المجني عليه (في الجريمة الثانية) فى أن يطلب

❁ محاكمة مرتكب الجرائم من حق القضاء الذى هو وحده يمثل المجتمع :

القصاص ممن يعتدى عليه، ولاحق لولى الدم فى ذلك من باب أولى (فى حالة الوفاة) – لأن ثبوت ارتكابه الجريمة (الأولى) المعاقب عليها بالحد أو القصاص شبهة تسقط الحد أو القصاص عمن يرتكب ضده فعلا مماثلا لعقوبة الجرائم التى ارتكبها، لأننا نرى أن المبدأ الأساسى هو أن استحقاق الشخص عقوبة القصاص أو الحد لايثبت إلا بحكم قضائى شرعى، فلا يكفى أن يدَّعى أى فرد آخر على إنسان أنه يستحق القصاص أو الحد لكى يباح له أن ينفذ هو تلك العقوبة .

وعدم توقيع عقوبة الحد أو القصاص على من اعتدى على مثل هذا الشخص ليس إلا نموذجا لاتجاه عام أشرنا إليه مرارا – هو أن هذه العقوبات البدنية القصوى الاستثنائية يجب تضييق نطاق تطبيقها، مع بقاء المبدإ الأصلى وهو التعزير لتأكيد الحصانة الخاصة التى تسبغها شريعتنا على حق الإنسان فى حياته وسلامة بدنه إلى أن يصدر ضده حكم قضائى بعد محاكمة شرعية عادلة.

ونعتقد أن هذا الاتجاه لتضييق نطاق الحدود والقصاص يؤيده فى عصورنا جميع من يدافعون عن حقوق الإنسان، وبعضهم يتخذون ذلك حجة للاعتراض على عقوبة الإعدام والعقوبات البدنية عموما ويلحون فى استبعاد عقوبة الإعدام، وقد سبقتهم شريعتنا لذلك بتضييق نطاقها، لأن وسطية الشريعة استوجبت التوفيق بين مقصدين من مقاصدها السامية، أولهما : وجوب الجزاء على الجريمة دائما عندما تثبت الجريمة بحكم قضائى – (لكنه جزاء تعزيرى فى الأصل).

وثانيهما : عدم وجوب القصاص أو الحد كلما وجدت شبهة لأن تضييق نطاق العقوبات البدنية من المقاصد السامية لشريعتنا، لكن التعزير يبقى دائما حقا للجماعة، وهو واجب عندما يتعطل الحد لسبب الشبهة، والتعزير من حق القضاء الذى يمثل المجتمع وحده ولايستطيع أى فرد أن يمارسه.

إن الذين يصرون على أن الحد أو القصاص هو العقوبة الأصلية يمكن أن يقولوا إن من اعتدى عليه فى هذه الحالات لديه عذر شرعى هو شبهة تسقط الحد وتستوجب تخفيف العقوبة لتصبح تعزيرا، ويمكن القول إن النتيجة واحدة.

* * *

❁ إهدار مرتكب الجرائم نسبي للأفراد دائما :

رأينا إذن هو أن الإهدار يكون نسبيا فقط للأفراد الذين يعتدون على من ارتكب جريمة يعاقب عليها بالحد أو القصاص متى كان العدوان الذى ارتكبوه يماثل العقوبة المقررة. لكن لايجوز أن نقر القول بأن الإهدار يبيح للفرد الاعتداء على أخيه الإنسان، لأن الإباحة تكون فقط للجماعة التى يمثلها القضاء، الذى فوضته الجماعة فى توقيع العقوبات جميعها باسمها ونيابة عنها. فإذا قضى القاضى المختص بالقتل على من يستحقه شرعا ففعله مباح لأنه دفاع شرعى عن الجماعة التى يمثلها مثل إباحة فعل المقاتل فى حالة الحرب دفاعا عن وطنه وأمته.

إن من يقتل إنسانا أو يتلف عضوا من أعضائه بحجة أنه مرتكب لجريمة حدية أو أنه يستحق القصاص لا يعتدى على هذا الشخص فقط وإنما يعتدى على الجماعة التى لها الحق فى العقاب على جميع الجرائم التى تخل بأمنها وأمن المقيمين على أرضها. فإذا كنا حرمنا المجنى عليه أو ولى دمه (في الجريمة الأولى) من طلب القصاص، أو قلنا إن هناك شبهة توجب استبعاد عقوبة الحد والقصاص، فإن حق الجماعة باق دائما لايسقط ولها الحق فى تعزير الجانى (في الجريمة الثانية) لأنه أخل بأمنها ونظامها[1] – يمثلها القضاء فى ذلك.

لا يجوز فى نظرنا قياس الإهدار النسبى فى هذه الحالات على الإهدار الكامل الذى يبيح الفعل للمقاتل فى الحرب أو للقاضى الذى يحكم بالإعدام أو الجلد على من يستحق هذه العقوبة.

ومع ذلك فإننا نلاحظ أن كتابات كثيرة فى الفقه لا تفرق بين حالة الحرب وحالة مرتكب جريمة حدية (أو تستحق القصاص) ويَعُدُّون الإهدار دائما من أسباب الإباحة أى من النوع الأول، وقد جاراهم فقيهنا فى ذلك، ولكن ذلك لا يلزمنا طالما أن المبادئ الأساسية للتشريع تتعارض معه على النحو الذى بيناه.

---

(1) إن الذين لا يأخذون برأينا يمكن أن يصلوا إلى نفس النتيجة، لكن على أساس أن الجاني (في الجريمة الثانية) قد ارتكب جريمة سموها الافتيات على حق الجماعة بتوقيع عقوبة القصاص (على مرتكب الجريمة الثانية) وعقابها في نظرهم تعزير. وهذا هو ما قاله المرحوم الشيخ محمد الغزالي في شهادته في قضية اغتيال فرج فوده – وسنفصل ذلك فيما بعد.

<عوده> ٣٧٤ ـ علة الإهدار : علة الإهدار الوحيدة هى زوال عصمة الشخص. وتزول العصمة إما بزوال سببها، وإما بارتكاب الجرائم المهدرة ...

زوال العصمة بزوال سببها : القاعدة العامة في الشريعة الإسلامية أن الدماء والأموال معصومة أي ليست مباحة، وأساس العصمة إما الإيمان، وإما الأمان. ومعنى الإيمان الإسلام، ومعنى الأمان العهد كعقد الذمة، وعقد الهدنة وما أشبه. فبالإيمان تعصم دماء المسلمين وأموالهم لقوله ﷺ : "أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله محمد رسول الله، فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها". وبالأمان تعصم دماء غير المسلمين وأموالهم لقوله ﷻ: ﴿يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾ [المائدة :١] ولقوله ﷻ: ﴿وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم﴾ [النحل:٩١]. وقوله ﷻ: ﴿وإن جنحوا للسلم فاجنح لها﴾ [الأنفال :٦١]. وقوله ﷻ: ﴿فما استقاموا لكم فاستقيموا لهم﴾ [التوبة:٧]. وقوله ﷻ: ﴿فأتموا إليهم عهدهم إلى مدتهم﴾ [التوبة:٤]. وقوله ﷻ: ﴿وإن أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله ثم أبلغه مأمنه﴾ [التوبة :٦]. ولقوله ﷺ : "ذمة المسلمين عند شروطهم". وقوله : "إننا لا يصلح في ديننا الغدر". وقوله: "ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم فمن أخفر مسلما فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لا يقبل منه صرف ولا عدل". وقوله: "إذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم إلى إحدى خصال ثلاث : ادعهم إلى الإسلام فإن أجابوك فاقبل وكف عنهم، فإن أبوا فادعهم إلى إعطاء الجزية، فإن أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم، فإن أبوا فاستعن بالله وقاتلهم"...

والأمان في الشريعة الإسلامية على نوعين : أمان مؤقت، وأمان مؤبد. فالأمان المؤقت ما كان محدودا بأجل طال هذا الأجل أو قصر. ويقوم هذا النوع من الأمان على معاهدات السلام وعدم الاعتداء، أو على معاهدات الإقامة المعقودة بين دار الإسلام ودار الحرب، أي بين الدولة الإسلامية وأي دولة غير إسلامية. ويدخل تحت هذا النوع عقد الهدنة والإذن بالإقامة في دار الإسلام[1]...

---

(١) بدائع الصنائع ج/٧ ص/١٠٦، أسنى المطالب ج/٤ ص/٢١٠، مواهب الجليل الجزء الرابع ص/ ٣٦٠، المغنى ج/١٠ ص/٥٧٨ ...

﴿عوده﴾ والأمان المؤبد هو ما ليس له أجل محدود ينتهي به، ولا يكون إلا بعقد الذمة، ولا يتمتع به إلا الذميون الذين يقيمون إقامة دائمة في دار الإسلام، وعليهم في مقابل ذلك التزام أحكام الإسلام[1]...

والأصل أن الناس في العالم على نوعين : إما مؤمن بالإسلام، وإما منكر له. والمنكرون على نوعين : إما مسالم للإسلام، وإما محارب له. فالمسالمون للإسلام من كان بينهم وبين دار الإسلام حالة سلم متبادل، أو عقد من عقود السلم، كعقد الهدنة أو الموادعة أو عقد الذمة. وأما المحاربون فهم من كانوا في حالة حرب مع دار الإسلام، ويسمى هؤلاء بالحربيين. وكل من عدا الحربيين من سكان العالم دماؤهم وأموالهم معصومة إما بإسلامهم[2] وإما بمسالمتهم، أو بتعبير آخر إما بإيمانهم وإما بأمانتهم ...

وإذا كان أساس العصمة هو الإيمان والأمان، فإن العصمة تزول بزوال الأساس الذي قامت عليه. فالمسلم تزول عصمته بردته وخروجه عن الإسلام، والمستأمن والمعاهد والذمى ومن في حكمهم تزول عصمتهم بانتهاء أمانهم ونقض عهدهم. وإذا زالت عصمتهم أصبحوا بزوالها حربيين حكمهم حكم الحربي الذي لم يكتسب عصمة.

وإذا كانت العصمة تعني تحريم الدم والمال فإن زوالها يعني إباحة الدم والمال، وهذا هو الإهدار. ولما كانت العصمة لا تزول إلا عن مرتد أو حربي، فمعنى ذلك أن المرتد والحربي مهدران وسبب إهدارهما هو زوال عصمتهما ...

زوال العصمة بارتكاب الجرائم المهدرة : وكما تزول العصمة بالردة وبانتهاء الأمان ونقض العهد، فإنها تزول أيضا بارتكاب الجرائم المهدرة. والجرائم المهدرة هى الجرائم التي تجب عليها عقوبات مقدرة متلفة للنفس أو الطرف ...

والجرائم المهدرة هى على وجه الحصر :

(١) الزنا من محصن. (٢) قطع الطريق أو الحرابة . (٣) البغي.

(٤) القتل والقطع المتعمدان . (٥) السرقة ...

---

(١) المغنى ج / ١٠ ص/٥٦٧، نهاية المحتاج ج/٨ ص/٨٠، بدائع الصنائع ج/٧ ص/١١٠...

(٢) راجع الفقرة رقم ٢١١ ...

﴿عوده﴾ ويشترط في الجريمة المهدرة شرطان لا يغني أحدهما عن الآخر، أولهما : أن تكون الجريمة ذات عقوبة مقدرة، والعقوبات المقدرة محلها جرائم الحدود وجرائم القصاص فقط، أما جرائم التعازير فعقوباتها غير مقدرة[1]. ثانيهما : أن تكون العقوبة متلفة للنفس أي قتلا أو متلفة للطرف أي قطعا ...

وإذا تخلف أحد هذين الشرطين لم تكن الجريمة مهدرة، فالسرقة التي لا قطع فيها كسرقة الأب من الابن؛ والقتل العمد المعاقب عليه بالدية لا يُعَدُّ أيهما جريمة مهدرة؛ لأن العقوبة فيها غير متلفة ولو أن العقوبة في حالة الدية مقدرة، ومثل ذلك الزنا من غير محصن والقذف وشرب الخمر فعقوبات هذه الجرائم الثلاث عقوبات مقدرة ولكنها غير متلفة، ومن ثم فهي جرائم غير مهدرة، وكذلك الحكم لو كانت العقوبة متلفة ولكنها غير مقدرة كالقتل تعزيرا ...

وارتكاب الجريمة المهدرة يزيل العصمة من وقت ارتكاب الجريمة لا من وقت الحكم بالعقوبة؛ لأن أساس زوال العصمة هو ارتكاب الجريمة وليس هو الحكم بالعقوبة. وفضلا عن ذلك فالعقوبات المقدرة ما هى إلا حدود، والقاعدة العامة في الشريعة أن الحدود واجبة التنفيذ فورا ولا تحتمل التأخير أو التهاون، كما أنها لا تحتمل العفو أو إيقاف التنفيذ عدا عقوبة القصاص فيجوز العفو فيها من المجني عليه أو وليه، ومن ثم كانت الحدود عقوبات لازمة محتمة لا محيص منها، ولم يكن هناك ما يدعو لتعليق زوال العصمة على الحكم بالعقوبة ...

وإذا كان للمجنى عليه أو وليه العفو فى عقوبة القصاص، فإن ذلك لا يؤثر على القاعدة العامة، لأن زوال العصمة فى جرائم القصاص نسبى لا عام، فالعصمة تزول بالنسبة للمجنى عليه أوليه فقط، ويظل الجانى معصوما بالنسبة للآخرين. فإذا عفا المجنى عليه أو وليه سقطت العقوبة المتلفة وعاد الجاني معصوما عصمة تامة كما كان قبل ارتكاب الجريمة ...

وفيما عدا الجرائم السابقة لا تزول العصمة بارتكاب أى جريمة أخرى ولو كانت عقوبتها القتل ما دامت العقوبة تعزيرية؛ لأن لولي الأمر في الجرائم التي يعاقب عليها بالتعزير حق العفو عن الجريمة وحق العفو عن العقوبة، ومن ثم كانت العقوبة غير لازمة حتما. وكل عقوبة غير محتمة لا تزيل العصمة ولا تهدر الجاني ولو كانت متلفة حتى بعد صدور الحكم بها؛ لأن من الجائز أن يعفو ولي الأمر عن العقوبة في اللحظة الأخيرة

---

(١) راجع الفقرتين : ٥١ : ١٠٣ ...

374 - رأينا فى أساس عصمة الإنسان هو كرامة بنى آدم :

ما قاله عن أساس العصمة يتجاهل السبب الأول، وهو أن الله كرم بنى آدم جميعا منذ بدء الخليقة بقوله تعالى ﷻ: ﴿ولقد كرمنا بنى آدم﴾ [الإسراء: 70]. وبهذا التكريم يكون مصدر العصمة هو الصفة الإنسانية – وهى صفة أصلية لجميع البشر وليست حقا مكتسبا بسبب خاص كالإيمان أو الأمان؛ لأن القول بذلك يوهم البعض أن العصمة مقصورة على طائفة أو طوائف من بنى آدم دون غيرهم.

يؤيد نظرنا قوله: "إن القاعدة العامة فى شريعتنا هى أن دماء الناس وأموالهم معصومة"، والآيات القرآنية العديدة التي ذكرها في أول هذا البند وخاصة قوله ﷻ: ﴿فما استقاموا لكم فاستقيموا لهم﴾ [التوبة: 7].

* * *

ولا نوافق على عَدِّ الإهدار استثناء من هذا المبدإ العام إلا للمقاتلين فى حالة الحرب أو بحكم القضاء لمرتكبى الجرائم على النحو الذى بيناه، ولذلك لا نوافق على قوله: " إن العصمة تزول لصالح الأفراد " لأى سبب من الأسباب، لأن الإهدار فى نظرنا نسبى للأفراد دائما، وهو حالة مؤقتة واستثنائية (أقصى ما يمكن قوله هو أنه قد يؤدى لوجود شبهة تدرأ فيها عقوبات الحدود والقصاص إذا كان المجنى عليه مستحقا لهذه العقوبات فى نظر الجانى بسبب الشبهات، أو بعبارة أدق هى حالات قد تسقط فيها الحدود أوالقصاص ويكتفى بالتعزير فى جرائم الاعتداء الواقع من الأفراد على نفس هؤلاء الأشخاص أو سلامة أبدانهم).

* * *

أول حالات الإهدار الكامل المطلق هى حالة الحرب؛ إذ تجيز الشرائع جميعها القتل والقتال فى حالة الحرب. وما أورده من آيات يدل على أن الشريعة تجيز القتل والقتال فى حالة الحرب، كغيرها من الشرائع قديما وحديثا.

إن ما أورده من نصوص تجيز القتال أو توجبه إنما يدل على أن الإهدار إنما يكون كاملا ومطلقا فى حالة الحرب وبسببها بالنسبة للمقاتلين وحدهم لا للأفراد جميعا كما قد يُفهم من قوله. يؤكد ذلك آية سورة التوبة [رقم 6] التى أوردها بقوله ﷻ : ﴿وإن أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله ثم أبلغه مأمنه﴾ – وهى تقطع بأن المشرك ليس مهدر الدم فى غير حالة الحرب بل يجب علينا قبوله إذا استجار

۞ لا نوافق على القول بأن الإسلام أو الذمة أو الأمان شرط للعصمة :

بـسنا وأن نبلغه المكان الآمن الذى يقصده – فلا يجوز بعد ذلك القول بأنه مهدر الدم فى غـير حالة القتال – ولا محل إذن للاستشهاد بهذه الآية على أن العصمة أساسها الإيمان أو الأمان بل الأصح فى نظرنا أن أساسها هو الصفة الإنسانية وحدها.

يؤكـد ذلـك أيضا ما ذكره من قوله ﷻ : ﴿وإن جنحوا للسلم فاجنح لها﴾ [الأنفال:61]. وقوله ﷻ: ﴿فما استقاموا لكم فاستقيموا لهم﴾ [التوبة: 7]. فالأصل هو العصمة والسلم والأمان. والإهدار لا يكون إلا فى حالة العدوان والقتال وبسببه، أى إذا لم يجنحوا للسلم بصفة جدية صادقة بدون عدوان .

ولا نوافق على القول بأن ما يسميه الأمان المؤبد لا يكون إلا بعقد؛ إذ إن الأصل كمـا قدمنا هو السلم والعصمة والأمان المؤبد بين جميع بنى آدم. وإشارته إلى كتب الفقه التى استند إليها فى هذه الأقوال توجب علينا أن ننسب هذه الآراء إلى من قالوا بهـا أو إلى الفقـه، لا إلى الشريعة التى تتسع لمذاهب متعددة وآراء مختلفة. والآراء المختلفة كلها تكون شرعية ما دامت تستند إلى نصوص القرآن والسنة النبوية، ومن بينها ما رأيناه من أن أساس العصمة لجميع بنى آدم هو الصفة الإنسانية.

عـلى ذلك فإنه يمكننا أن نقول بأن الإهدار ليس معناه زوال سبب العصمة – وهى الصفة الإنسانية – بل سببه وجود حالة طارئة تبيح الفعل للمقاتل أو القاضى . هـذه الحالة الطارئة الاستثنائية تعطل وجوب الحد أو القصاص (بل هي تبيح القتل للمقاتل أو القاضي) في حالات الإهدار الأولى، أما في الحالة الثانية للإهدار فإن الفرد يسقط عنه القصاص أو الحد لكنه يستحق التعزير.

* * *

الحالـة الـثانية للإهدار هى حالة الأشخاص الذين ارتكبوا جرائم يعاقب عليها بالقـتل أو القطع، أو ما سماه جرائم تستحق بسببها عقوبات مقدرة متلفة للنفس أو الطرف، (وذكر منها الردة بصفة خاصة).

ونحن نؤكد أن الإهدار فى هذه الحالة يكون كاملا للقضاء ومن ينفذون احكامه فقـط، لأن العقوبات فى الشريعة الإسلامية لا يفرضها إلا حكم القضاء بعد محاكمة عادلـة تعـرض فيها أدلة الاتهام والدفاع ويوازن القاضى الشرعى بينها قبل إصدار الحكم بالعقوبة سواء كانت حدا أو قصاصا أو تعزيرا.

❁ لاحق لأى فرد فى تنفيذ العقوبة :

* * *

وعلى ذلك فإن ما نقله عن بعض الكتب من أن الفرد العادى له الحق فى توقيع تلك العقوبات أو أى عقوبة جنائية أخرى هو رأى لا محل له فى نظرنا، ولا يجوز إقراره لأنه يهدم نظام المجتمع وأمنه من أساسه، ويطلق الحرية لجميع الأفراد للحكم على غيرهم بعقوبات جنائية وتنفيذها خارج ساحة القضاء، وتصبح الحالة فوضى لا تقرها شريعتنا.

يؤكد اعتراضنا أنه قال إن الفرد له الحق فى توقيع العقوبات القصوى المقدرة حدا أو قصاصا، لكن لا يجوز له التعزير لأن تحديد العقوبة فيها للقاضى أى الحاكم، فلا يسمح لنا المنطق أن نجيز للفرد توقيع عقوبة القتل والقطع ونحرم عليه توقيع عقوبات أقل لأنها تُعَدُّ تعزيرا، وإنما الواجب أن يكون القضاء الشرعى هو وحده المختص بالمحاكمات والعقوبات جميعها - والقضاء ليس حرا فى الإجراءات، بل يجب أن تسمع الدعوى وتقدم الأدلة وتناقش بالطريق الشرعى العادل الذى يمكن المدعى عليه من سماع الأدلة والدفاع عن نفسه...

فكل ما قاله استطرادا مع هذا الرأى لا محل له فى نظرنا ولا نوافق عليه. يؤكد ذلك أنه قال إنه "بعد صدور الحكم بالعقوبة لا يجوز لأى فرد تنفيذها"، بل ذلك من اختصاص أولياء الأمر لأن لهم العفو عن العقوبة. إنه يقصر هذا القول على العقوبات التعزيرية بدون سند يقدمه سوى أنه نقله عن بعض الفقهاء، فى حين أننا نرى أن الأصل الشرعى هو أن القضاء وحده هو الذى يمثل الجماعة فى توقيع العقوبات وتنفيذها جميعها، و هذه قاعدة عامة ومبدأ أساسى فى شريعتنا لا يمكن تجاهله بناء على أقوال بعض الكتاب أو الفقهاء.

ونضيف أنه إذا صح هذا فى عقوبات التعزير على حد قوله، فهو أولى فى الحدود والقصاص. ثم إنه إذا لم يجز للفرد أن ينفذ عقوبة بعد صدور الحكم بها فإنه من باب أولى لا يجوز له أن ينفذها أو يفرضها قبل الحكم والمحاكمة الشرعية العادلة.

لذلك فإننا نعترض على قوله إن العصمة تزول من وقت ارتكاب الجريمة، لا من وقت الحكم بالعقوبة، ولا نوافق على القول بأن أساس زوال العصمة هو ارتكاب الجريمة؛

❁ فى نظرنا أن التعازير لا يجوز أن تصل إلى القتل (سياسة):

لأن ارتكـــاب الجريمة لا يثبت شرعا إلا بحكم من القضاء المختص، أما قبل ذلك فهو اتهام فقط، وكل شخص معرض للاتهام ولانرى أن مجرد الاتهام يكفى أساسا للإهدار.

مـــن ناحية أخرى يشير إلى أن عقوبة التعزير يمكن أن تصل لحد القتل سياسة – لكنـــنا سبق أن استبعدنا هذا القول لأن التعازير لا يجوز أن تصل إلى القتل فى نظرنا –مـــراعاة للمـــبدإ الذى تتميز به شريعتنا وهو تضييق نطاق العقوبات البدنية وأولها القتل؛ فلا يجوز توقيعها إلا فى حالة الحد أو القصاص المقرر بنصوص شرعية والصادر به حكم قضائى صحيح.

﴿عوده﴾ ٣٧٥ـ المهدرون : ونخرج مما سبق بأن المهدرين هم :

(١) الحربي . (٢) المرتد . (٣) الزاني المحصن . (٤) المحارب .

(٥) الباغي . (٦) من عليه القصاص . (٧) السارق .

ولكل واحد من هؤلاء أحكام خاصة ولهذا سنتكلم عليهم واحدا بعد الآخر فيما يأتي:

375 – قسمان فى الإهدار :

التعداد الذى قدمه لمن يُعَدُّون مهدرين يوجب علينا أن نفرق بين قسمين: الأول من سماهم حربيين، والثانى مرتكبو جرائم يعاقب عليها بعقوبات بدنية مقدرة حدا أو قصاصا.

عـلة الإهـدار بالنسبة للقسم الأول فى نظره هى انتماؤهم إلى دولة حربية. أما فى نظـرنا، فهـو حالة القتال فى الحرب لأن المقاتل يكون فى حالة دفاع شرعى عن نفسه ووطنه وشعبه وأمته.. ويواجه عدوا يَعُدُّه مقاتلا يقصد قتله إذا لم يبادر هو بدفعه بالقتل .

أما القسم الثانى فالعلة هى أن المهدرين فى نظره قد ارتكبوا جرائم عقوبتها القتل أو قطع الأطراف حدا أو قصاصا. أما فى نظرنا فالعلة هى ثبوت ارتكابهم لهذه الجرائم بحكم القضاء الشرعى، ولا يكفى مجرد الاتهام الذى يوجهه الأفراد فى نظرنا ..

* * *

وسـوف نـتابع معه أحكام كل صنف من الأصناف السبعة التى أوردها. وقبل ذلك نشـير إلى أن اختلافـنا معه فى سبب الإهدار يؤدى إلى اختلاف أهم فيما يترتب عليه من آثار.

فرأيـنا هـو أن أثر الإهدار المطلق الكامل الذى يجعل الفعل مباحا مقصور على المقاتلين فى حالة الحرب، وعلى القضاء ومن ينفذون أحكامه شرعا فى حالة من يثبت عليهم ارتكاب جريمة يترتب عليها الإهدار .

أما بالنسبة لغير هؤلاء، فإن الإهدار يكون نسبيا فقط، وهو رفع الأمر للقضاء ليوقع العقوبـة بعـد ثبوت الجريمة. أما إذا قام الفرد بتوقيع العقوبة دون التجاء للقضاء ففعله جـريمة عاديـة (لكن يجوز عدم تطبيق العقوبات البدنية المقدرة حدا أو قصاصا إذا كان المجنى عليه من المهدرين وأقدم المجنى عليه أو أحد الأفراد على ارتكاب فعل ضدهم مماثل لما ارتكبوه ظنا أن له الحق فى ذلك – فيجوز فى نظرنا سقوط الحد أو القصاص على من يعتدى عليهم لكنه يستحق عقوبة تعزيرية لأن فعله لم يكن مباحا له [1] ... وكل ما هنالك أنه يمكن القول بوجود شبهة) .

(1) وقد أشرنا في هامش حاشيتنا على البند 373 إلى أن بعض من يقولون بجواز التعزير في هذه الحالة يسوّغونه بانه ارتكب جريمة الافتيات على حق المجتمع (أو ولي الأمر). والقائلون منهم بجواز القتل تعزيرا يصلون إلى نتيجة شاذة في نظرنا ولا نوافق عليها.

- قوله هو السائد فى الفقه، ولكنا نخالفه :

أما الاتجاه السائد فى الفقه الذى يعرضه فقيهنا فهو يَعُدّ عمل الفرد الذى يرتكب هذه الجرائم ضد المهدرين عملا مباحا لايكون جريمة، بل إنه واجب فى نظره فى بعض الأحيـــان. فكأن ما يسميه الإهدار هو فى جميع الحالات نوع واحد وهو من أسباب الإباحة – وهو قول لا يمكن أن نصل إليه ولا نقره.

﴿عوده﴾ ٣٧٦ـ *أولا : الحـربي* : هو أصلا من ينتمي لدولة في حالة حرب مع الدولة الإسلامية، وهو أيضا من كان معصوما بأمان أو عهد فانتهى أمانه أو نقض عهده ...

ومـــن المتفق عليه أن الحربي مهدر الدم، فإذا قتله شخص أو جرحه فقد قتل أو جرح شخصا مباح القتل والجرح، ولا عقاب على فعل مباح. وإنما يعاقب الفاعل في بعـــض الحالات؛ لأنه أحل نفسه محل السلطة التنفيذية وافتات عليها بإتيانه عملا مما اختصـــت نفسها به .. ولاعقاب على قتل الحربي إطلاقا إذا قتل في ميدان الحرب أو قـــتل دفاعا عن النفس في غير ميدان الحرب، وفي هذا يتفق حكم الشريعة الإسلامية مع القوانين الوضعية ...

أما إذا قتل الحربي في غير ميدان الحرب لغير مقتضى، كأن ضبط فى دار الإسلام أو استأســـر فقـــتله من ضبطه أو أسره أو قتله غيرهما، فإن القاتل لا يؤاخذ بحسبانه قـــاتلا؛ لأن الحربى مباح الدم طبقا للشريعة، وضبطه أو أسره لا يعصمه ولا يغير من صـــفته كحربى فيبقى دمه مباحا بعد الضبط أو الأسر، فمن قتله فقد قتل مباح الدم ولا مســـئولية على قتل مباح باعتبار فعل القتل. وإنما المسئولية تأتي من كون القاتل اعتدى على السلطة العامة التي يوكل إليها أمر من يضبط أو يؤسر من الحربيين، فمن هذه الوجهة يسأل القاتل ويعاقب لافتياته على السلطة العامة ...

وقتل الحربي في ميدان الحرب وفي حالة الدفاع عن النفس يُعَدُّ واجبا، وفيما عدا ذلك فهو حق للقاتل وليس واجبا عليه ...

هـــذا هو حكم الشريعة الإسلامية وهو يخالف حكم القوانين الوضعية التي تَعُدُّ الفعـــل قتلا عمدا وتعاقب عليه على هذا الاعتبار، وإن كان الذي يحدث عملا أن المحـــاكم تقـــدر ظـــروف الجاني والمجني عليه، وتقضي على الجاني بعقوبة مخففة بقدر الإمكان ...

والنتـــيجة العملية أن الشريعة تتفق مع القوانين الوضعية في عقاب القاتل، ولكن الخـــلاف واقـــع في تكييف الفعل المعاقب عليه، فالقوانين تَعُدُّه قتلا، والشريعة تَعُدُّه افتياتا على السلطات العامة ...

376 – الإهدار فى حالة الحرب والجهاد :

التعريف الذى قدمه للحربى المهدر بسبب الحرب هو انتماؤه لدولة فى حالة الحرب مع دولة الإسلام، ومعنى ذلك أن جميع رعايا الدولة المعادية التى تحارب المسلمين دمهم مهدر ويباح الاعتداء عليهم لكل فرد مسلم حتى ولو لم يكن مقاتلا أو مجاهدا.

هذا التوسع لا يمكن الوصول إليه إلا فى حالة الحرب الشاملة، أى حرب الإبادة التى لايكتفى فيها العدو بمواجهة جيوشنا، بل يتعمد إرهاب المدنيين ومطاردهم بقصد إبـــادتهم وإجـــبارهم عـــلى الهجـــرة بحجة "التطهير العرقى" ليحل محلهم مهاجرين يستوردهم من الخارج.

فى غـــير هذه الحالة فإن هذا التوسع لا نقره، لأنه يتجاوز السبب فى الإهدار فى نظرنا – وهو حالة الحرب وما تجيزه من قتل وقتال متبادل. فالإهدار الكامل فى حالة الحرب العادية مقصور فى نظرنا على من يُعَدّ مقاتلا فى حالة الحرب القائمة. أما غيره من رعايا الدول المحاربة لنا إذا كان مسالما، فلا نرى أن يصل إهدارهم إلى حد إباحة قتـــلهم إلا إذا ثبـــتت مشاركتهم فى القتال أو ما يسمى "بالمجهود الحربى للعدو" – وتقديـــر ذلـــك مسألة موضوعية تختلف باختلاف الزمان والمكان، مع ملاحظة أن القـــانون الدولى الوضعى حاليا يجيز اعتقال المدنيين من رعايا الأعداء وعَدَّهم أسرى حرب حتى تنتهى حالة الحرب.

ولم يقـــدم لنا ما يقصد "بحالة الحرب"، وهى فى نظرنا أمر تقديرى؛ ولكن المعيار يـــرجع إلى صفة من يرتكب الفعل ونيته وغايته من اعتدائه على "الحربى"؛ فإن كان ممن يَعُدُّون أنفسهم فى حالة جهاد مع "العدو" الذى أوجبت الشريعة مقاومة عدوانه عـــلى أرض المســـلمين أو أوطانهم، فهو يَعُدُّ نفسه فى حالة دفاع شرعى عن الوطن والشعب ومقاتلا فى حالة حرب، وله حقوق المقاتلين فى ساحة المعركة التى يجوز لكل من يساهم فيها القتال لأنه يتعرض هو أيضا للقتل، فهو فى حالة دفاع شرعى ...

ولذلك يكون عمله مباحا لأنه فى معركة جهاد وحرب ولو أدى ذلك إلى القتل أو المساس بسلامة الأجسام. لكن تقديره يخضع لحكم قاضى الموضوع الذى له الحق فى مراجعته.

۞الجهاد واجب فردى لا يرتبط بحالة الحرب طالما وقع العدوان على أرض المسلمين:

مشكلة معاصرة :

المشكلة التى نواجهها فى العصر الحاضر هى تحديد المقصود بحالة الحرب. وذلك، لأن ما يسمى بالقوانين الدولية المعاصرة كانت تعرف الحرب بأنها لابد أن تكون بين دولـتين وجيشـين نظـاميين، وعـندما اضطروا للتوسع فى ذلك فى حالة الثورات "والحروب الأهلية" قرروا "الاعتراف بصفة المحاربين" للثوار أو المقاتلين من غير أفراد الجيـوش الـنظامية الذين يكونون عصابات أو جماعات على قدر معين من التنظيم والأهمية، ويمكن أن يلتزموا بما يُعَدُّ من "قوانين الحرب" على سبيل التبادل، إذا التزم بها الجيش أو النظام الذى يطاردهم .

وفى شريعتنا يوجد مبدأ الجهاد الذى يفرض على كل مسلم أن ينفر للدفاع ضد العـدو الذى يهاجم دار الإسلام، وهى كل أرض يسكنها شعب مسلم يهاجمه عدو بقصـد احـتلال بلاده أو فرض سيطرته عليها، ومن باب أولى إذا كان يقصد إبادة الشعب لتسكين من يجلبهم من المهاجرين محلهم، أو يقصد ما يسمى "التطهير العرقى" أى إبادة طائفة من البشر ليسوا من جنسه أو طائفته .

* * *

من أهم مزايا شريعتنا الغراء أنها تعنى بالأصول العامة التى تفتح أمام الفقه آفاق الاجتهاد وتنوع الأحكام وتطورها حسب مقتضيات ظروف الزمان والمكان. لذلك عنيت شريعتنا بمبدإ الجهاد – تجعله فريضة وواجبا على الأمة وعلى جميع أفرادها – لكـنه فى الأصـل واجب كفاية، بمعنى أنه إذا قام به فريق من الأمة فإن هذا يكفى ويسقط الواجب عن الباقين.

لكن هناك حالات يرى فيها فقهاؤنا أن الجهاد يصبح فرض عين على كل مسلم ومسـلمة – سـواء فى ذلك الكبار أو الصغار، الرجال أو النساء – كل فى حدود قدرته واستطاعته .

لذلـك فإن الجهاد ليس مقصورا على حمل السلاح والقتال، لكن شريعتنا وسعت فى مضمونه، فكل ما يلزم لمواجهة الخطر ودفعه يكون جهادا، ومن أهم صوره الإنفاق على المجـاهدين وأسرهم – وهذا هو الإنفاق أو الجهاد بالمال – ويلتزم به كل فرد فى حدود استطاعته.

❁ متى يصبح جهاد العدو فرض عين على كل مسلم ومسلمة :

وهـــذه قـــاعدة مهمة فى عصرنا حيث تنوعت أساليب العدوان ووسائل الهجوم وشمـــلت ما نراه من حصار اقتصادى ومقاطعة دبلوماسية واقتصادية وحصار بحرى وجـــوى.. إلخ. فلابـــد مقابل ذلك من تنوع أساليب الجهاد والمقاومة فى مجال المال والاقتصـــاد وبخاصـــة "المقاطعـــة الشعبية الاقتصادية" التى أصبحت من أهم أسلحة الشعوب المستضعفة التى لا تستطيع أن تجابه القوة العسكرية المتفوقة لأعدائها.

* * *

وقد أفاض فقهاؤنا فى بيان الحالات التى يصبح فيها "الجهاد" فرض عين على جميع الأفراد، وأهمها ما وصفوه بأنه هجوم "العدو" على أرض المسلمين بقصد احتلالها أو الســـيطرة عليها أو إبادة أهلها. وقالوا إن القتال فى هذه الحالة يكون واجبا وفرض عـــين عـــلى كل قادر سواء كان رجلا أو امرأة، كبيرا أو صغيرا، وليس مجرد فرض كفاية كما هو الأصل.

وأضافوا أنه يجب على الفرد القادر أن ينفر للقتال تلقائيا دون حاجة لإذن وليه. فالمرأة تخرج دون استئذان زوجها، والصبى يخرج دون استئذان والده. ومن باب أولى لا يحتاج هؤلاء لاستئذان الإمام أو الأمير أو الحاكم أو الدولة أو السلطان أو غيرهم من "أولياء الأمر".

* * *

الأهـــم مـــن ذلك أن ما يجب على المجاهد فعله أو ما يباح له من أفعال يتفاوت حسب قدرته وتقديره – وكل ما يشترط لإباحة الفعل أو وجوبه هو أن يكون لازما لمواجهـــة العدو وأن يقصد به دفع العدوان. وما دام الأمر واجبا شخصيا على الفرد فإن له تقدير ذلك .

وموضوعنا الآن مقصور على أعمال القتال التى تكون جرائم عدوان على حياة الأفراد أو سلامة أبدانهم – وبحثنا يدور حول شروط إباحة تلك الأفعال، ولمن تكون مـــباحة، وضـــد من تكون مباحة. الأصل أنها تباح للمقاتلين ضد المقاتلين. فمن هم المقاتلون من الطرفين ؟

* * *

۞ المعفون من الجهاد بنص القرآن هم من بهم عاهة :

إن الحرب والقتال ليس له طرف واحد، بل إن فعل كل طرف له أثره على أفعال الطرف الآخر. وما دام المسلمون المجاهدون يدفعون عدوانا على بلادهم، فإن أقل ما يباح لهم هو معاملة العدو بمثل فعله تطبيقا للمبدأ القرآنى: ﴿فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾[البقرة:194]. فإن كان يقتل جاز لهم القتل، وإن كان يطرد جاز لهم الطرد، وإن كان يؤسر أو يستعبد جاز لهم الأسر والاستعباد – وهذا هو أساس بقاء الرق فى الإسلام لمعاملة الأعداء بالمثل – وتقدير ذلك متروك للمجاهد الذى نفر للمواجهة مع الأعداء ويواجه مخاطرها .

بل أكثر من ذلك أنه إذا عجز عن استعمال أسلحة مماثلة لأسلحة العدو، فإن له الحق فى أن يستخدم ما لديه من أساليب ليست مماثلة لها وإنما هى – فى تقديره – توازنها أو لا تزيد عنها .

فإذا كان العدو لديه طائرات وصواريخ ومدفعية ثقيلة تصيب المدنيين فى المدن والقرى لا يملكها المجاهدون، فإن من حقهم استخدام الهجمات الاستشهادية فى مدنهم وقراهم ... ومن باب أولى يجب عليهم المقاطعة الاقتصادية لإضعاف اقتصادهم، وخاصة لمن لا يقدرون على القتال .

فالجهاد فى شريعتنا هو الحرب، بل هو الحرب المقدسة المفروضة على أفراد المسلمين جميعا، ونصوص القرآن عديدة فى تذكير المسلمين بهذه الفريضة وإنذارهم بالعقاب الشديد إذا تهاونوا فيها.

بل إن الواجب الذى فرضته شريعتنا يشمل الاستعداد للقتال وإعداد المجتمع وأفراده وصنع السلاح له – بقوله ﷻ: ﴿وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل..﴾ [الأنفال: 60].

وأشارت النصوص إلى مقياس القدرة وعدم القدرة على القتال بالنسبة للأفراد، فأشار القرآن إلى أنه ليس على الأعمى حرج ولا على الأعرج حرج ولا على المريض حرج.. إلخ.

❁ إذا قام العدو بعدوان على المدنيين فللمسلم معاملتهم بالمثل.. فى حدود استطاعته :

ومعنى ذلك أن غير هؤلاء يُعَدُّون قادرين على القتال ويجب عليهم أن ينفروا للقتال، بل وأن يعدوا أنفسهم ومن هم فى ولايتهم له جسميا وصحيا وعتادا وسلاحا ومالا..

لكن من لا يقدر على القتال يتعين عليه الجهاد بالوسائل التى لا يعجز عنها، مثل توفير المال للمجهود الحربى أو المقاطعة الاقتصادية والعناية بالجرحى والاتفاق على أسر المقاتلين – والحديث يقول "من خلف مقاتلا فى أهله فقد جاهد".

* * *

والجهاد بهذا الشمول والعموم فى شريعتنا ليس واجبا مقصورا على الدول والجيوش – والحكومات – والهيئات التى تمثل الأمة فى مجموعها، بل هو أعم من ذلك وأشمل لأنه فريضة على جميع الأفراد رجالا ونساء كبارا وصغارا، طالما كانوا قادرين عليه، وفى حدود قدرتهم، ويكونون بذلك مجاهدين وإن لم يكونوا جنودا فى جيش نظامى. وهذا هو أساس المقاومة الشعبية التى قامت بها جميع شعوبنا ضد هجمات القوى الأجنبية المعتدية منذ تكرر العدوان الاستعمارى والإمبريالى على شعوبنا وبلادنا. وهذا هو سر انتصاراتها على أعدائها وإقبال أفرادها على التضحية والاستشهاد.

ولذلك فإن المعتدين على بلادنا الطامعين فى فرض سيطرتهم على شعوبنا أو إبادتها فى العصر الحاضر حددوا هدفا لهم فى سياستهم ودعايتهم وهو إبعادنا عن شريعتنا من أجل استبعاد هذا المبدإ الشرعى وإلغائه أو تشويهه ليصلوا إلى إنكار صفة المحاربين على المجاهدين، بل يريدون أن يصفوهم بأنهم متطرفون أو أصوليون أو مجرمون أو "إرهابيون" .

* * *

مقابل ذلك هناك مشكلة أدق، وهى تحديد صفة المقاتل فى جانب الأعداء، فلم يعد هناك من يحصر هذه الصفة فى الجنود النظاميين فى جيوش الدولة المعتدية، بل تضاف إليها فئات متعددة. فهناك ما يسمى بالميليشيات، التى تنشأ حتى فى حالة السلم وتمارس القتال فى حالة الحرب ..

❁ لايستباح العدوان علي المدنيين فى غير هذه الحالة وفى حدودها :

وفى الحروب تضرب الطائرات جميع ما تسميه "الأهداف العسكرية " التى يتسع نطاقها كل يوم فتشمل المصانع والطرق والقناطر والسكك الحديدية ومراكز القيادة ومعسكرات التدريب بل والقوى العاملة فى الصناعة المساندة.. إلخ. وبذلك لم يعد ينجو من قنابل الطائرات أحد من سكان المدن الكبرى بل والقرى لسبب أو لآخر. فإذا كانوا هم يعتدون على المدنيين فى بلادنا فلنا الحق شرعا فى معاملتهم بالمثل، امتثالا لقوله ﷻ : ﴿فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ [البقرة: 194] .

* * *

فى عصرنا الحاضر هناك إذن توسع فى تعريف المقاتل فى جانبى المعارك وخط القتال، حتى أصبحت الجماهير المدنية فى الجانبين تُعَدُّ من ضمن الأهداف "العسكرية"، خصوصا إذا كانت متحمسة للقتال مؤيدة للعدوان مساندة له ..

وفى الوقت نفسه أصبح أفراد الأمة المدافعة عن حريتها ووطنها يَعُدُّون أنفسهم جميعا مقاتلين طالما أن هناك عدوا يحتل جزءا من بلادهم وينكر عليهم حريتهم وحقوقهم فى تقرير مصيرهم .. وبذلك أصبحت الحرب شاملة فى الجانبين.

لذلك أمكن القول بأن من يسمون "حربيين" فى حالة الحرب الشاملة أصبحوا يتسعون ليشملوا جميع مواطنى العدو بعد أن كان هناك محاولات لوضع حد فاصل بين المقاتل وغير المقاتل فى جانبى خط المواجهة فى حالة الحرب، وأصبح من الصعب رسم خط يفصل بين المقاتلين ومن يسمون مدنيين فى الجانبين.

ومهما يكن التوسع فى تعريف المقاتلين على النحو السابق، فإن أساس إهدار مواطنى الأعداء يبقى دائما فى نظرنا هو عَدُّهم مقاتلين أو داخلين فى نطاق من يقاتلون. وعلة الإهدار ليست هى الجنسية أو الانتماء لدولة معادية أو معتدية، بل هى كما قلنا حالة الحرب وصفة المقاتل مهما يكن التوسع فيها فى الجانبين ومهما يكن الخلاف حول توافر هذه الصفة .

لهذا فإن القول بإهدار دم المحاربين لا يجوز أن يُفهم منه أن لكل مسلم أن يقتل أى فرد ينتسب للدولة المعادية لنا، لأى سبب، بل وبدون سبب. بل الصواب فى نظرنا هو تأكيد العلة الشرعية لإباحة القتل والقتال وهى حالة الحرب وما يلزم لها من استعمال جميع أعمال القتل والقتال من المقاتلين فى الجانبين.

❁ أعداؤنا يريدون استبعاد مبدإ التزام الأفراد بالجهاد ضد من يحتلون جزءا من أرض المسلمين:

كـــل ما هنالك أن الحرب ليست لها صورة واحدة، ولا يمكن أن نحدد معنى ثابتا واحـــدا من جانبنا؛ لأن المعتدين يبتكرون وسائل العدوان، فعلينا أن نبتكر نحن وسائل الدفـــاع وأســـاليبه ومـــا يجب للاستعداد له. ومبدأ الجهاد فى الإسلام له صفة المرونة والشـــمول لـــتمكين أفراد الأمة وجماعاتها وجيوشها من مواجهة الأعداء بكل ما يلزم لذلك من أسباب القتال والإعداد له دفاعا عن أوطانهم وشعوبهم وعقائدهم وحرياتهم.

* * *

ولاشـــك فى أننا واجهنا فى الأيام الأخيرة حملة إبادة قصد بها تفريغ بعض أقطارنا مـــن ســـكانها المسلمين لإحلال غيرهم مكانهم، ويكفى أن نذكر فلسطين والبوسنة وكوسوفو والشيشان، وهذه حرب شاملة لابد من تمكين المجاهدين من استعمال جميع أساليب القتال التى يبتكرونها لمواجهة القوى التى تعتدى علينا .

فى هـــذه الظروف يحاول أعداؤنا تجريد شعوبنا من سلاح العقيدة أو أن يعطلوا أحكام شريعتنا التى تفرض علينا الجهاد بجميع وسائله وصوره الشاملة، ويستخدمون أساليب عديدة لتشكيك المسلمين فى التزامهم بفريضة الجهاد، حتى وصلوا إلى تسمية بعض منظمات المجاهدين بأنهم "إرهابيون" ومجرمون – ووجدوا من بعض المخدوعين المـــتخاذلين والمـــنافقين من يساهم فى حملة التشكيك التى تهدف لاقتلاع مبدإ الجهاد واستبعاده من عقيدتنا وشريعتنا ومجتمعاتنا .. فيجب الاحتراس من ذلك.

مـــع ذلـــك كلـــه، وبناء على ما تقدم، فإن الفرد العادى الذى لم ينفر للقتال ولم يـــتحمل مخاطـــر الجهـــاد ومسئولياته لا يجوز فى نظرنا أن نبيح له قتل إنسان لمجرد أنه مواطـــن لدولـــة كافـــرة أو معادية لنا طالما أنه لم ينسب إليه المساهمة فى العدوان على شعوبنا وأوطاننا، بل تطبق عليه القواعد العامة ويُعَدُّ فعله جريمة عادية. وأقصى ما يمكن قوله فى هذه الحالة أنه يعفى من العقوبات المقدرة قصاصا أو حدا، لوجود شبهة فى أنه اعـــتقد ولـــو خطـــأ أن من حقه قتل أى فرد من أفراد العدو، ولذلك يكون مستحقا للـــتعزير فى نظـــرنا. ونحن نعلم مدى اتساع نطاق التعزير مما يمكن القاضى من تقدير العقوبة المناسبة للفعل والاعتبارات التى دفعت مرتكبه إلى الإقدام عليه.

❁ نحن نَعُدُّ الفعل جريمة عادية جزاؤها التعزير :

ونعتقد أن هذا هو ما قصده فقيهنا من قوله فى نهاية البند إن الجريمة فى هذه الحالة هـــى تعزير لأنها افتئات على السلطة العامة أى سلطة القضاء والحكومات والجيوش، وإن كـــنا لا نعترف بهذا الوصف، وإنما نَعُدُّ الفعل جريمة عادية لكن عقوبتها التعزير فقط.. الذى نؤكد دائما أنه هو العقوبة الأصلية فى جميع الجرائم.

﴿عوده﴾ ٣٧٧ـ *ثانيا* : *المرتد* : المرتد هو المسلم الذي غير دينه، فالردة مقصورة على المسلمين ولا يُعَدُّ مرتدا من يغير دينه من غير المسلمين ...

ويُعَدُّ المرتد مهدر الدم في الشريعة[١]، فإذا قتله شخص لا يعاقب بعَدِّه قاتلا عمدا سواء قتله قبل الاستتابة[٢] أو بعدها؛ لأن كل جناية على المرتد هدر ما دام باقيا على ردته ...

والأصل أن قتل المرتد للسلطات العامة، فإن قتله أحد الأفراد دون إذن هذه السلطات فقد أساء وافتات عليها، فيعاقب على هذا لا على فعل القتل في ذاته. وعلى هذا الرأي فقهاء المذاهب الأربعة[٣]. إلا أنه في مذهب مالك رأي مخالف[٤] يرى أصحابه أن المرتد غير معصوم، ولكنهم يرون مع ذلك أن على قاتله التعزير ودية لبيت المال، وحجتهم أن المرتد تجب استتابته، فهو بعد ردته كافر، فمن قتله فقد قتل كافرا محرم القتل فتجب عليه ديته لبيت المال؛ لأنه هو الذي يرث المرتد، فكأن أصحاب هذا الرأي يزيلون عصمة المرتد بالردة، ويعصمونه بكفره وهو تناقض ظاهر يكفي لهدم رأيهم. ويمكن الرد عليهم بأنه لما كان مسلما عصمه الإسلام، فلما كفر زالت عصمته، وأن الكفر لا يعصم صاحبه، وإنما الذي يعصمه الأمان من ذمة أو عهد أو غيرهما، والمرتد لا يدخل تحت واحد منها فلا يمكن عَدُّه معصوما بعد كفره .

---

(١) يُعَدُّ المرتد مهدر الدم من وجهين : أولهما : أنه كان معصوما بالإسلام، فلما ارتد زالت عصمته فأصبح مهدرا، وثانيهما أن عقوبة المرتد في الشريعة القتل حدا لاتعزيرا لقوله عليه السلام: "لا يحل قتل امرئ إلا بإحدى ثلاث : كفر بعد إيمان، وزنا بعد إحصان، وقتل نفس بغير نفس"، ولقوله: "من بدل دينه فاقتلوه". فعقوبة الردة عقوبة متلفة، وعلى هذا تُعَدُّ الردة من الجرائم المهدرة إذا نظر إلىعقوبتها، ولكن لما كان أساس الردة هو الرجوع عن الإسلام وهو الأصل في العصمة فقد نظر في الإهدار إلى الوجه الأول دون الثاني...

(٢) يشترط الفقهاء قبل الحكم بعقوبة الردة أن يستتاب المرتد ويعرض عليه الإسلام من جديد، فإن لم يتب قتل حدا...

(٣) البحر الرائق الجزء الخامس ص /١٢٥، الإقناع الجزء الرابع ص/٣٠١، المهذب الجزء الثاني ص / ٢٣٨، مواهب الجليل ج/٦ ص/٢٣٣ ...

(٤) الشرح الكبير للدردير ج/٤ ص/ ١٢٧ ...

﴿عوده﴾ ويشترط لعقاب قاتل المرتد على افتياته واستهانته بالسلطات العامة أن تكون هذه السلطات قد اختصت نفسها بمعاقبة المرتد، فإذا كانت لا تعاقب على الردة كما هـو حادث اليوم في مصر وغيرها من بلاد الإسلام، فليس لها أن تعاقب قاتل المرتد باعتباره مفتاتا عليها؛ لأنه لا يُعَدُّ مفتاتا إلا بتدخله فيما اختصت نفسها به من تنفيذ أحكام الشريعة، فإذا كانت قد أهملت تنفيذ حكم من الأحكام فأقامه الأفراد فليس لها أن تؤاخذهم على إقامته بحال من الأحوال ...

والقـاعدة العامة عند الشافعيين أن غير المعصوم معصوم على أنداده. فالمرتد غير معصـوم ولكـنه معصوم على شبيهه[1] فلايباح دمه لمرتد مثله، فإن قتله فهو قاتل متعمد ولو أسلم فيما بعد، بخلاف ما لو قتله مسلم فإنه لا يُعَدُّ قاتلا، وكذلك لوقتله ذمـي عـلى الرأي الراجح[2]. ويطبق الشافعيون قاعدتهم هذه على كل المهدرين، ولكن الفقهاء الآخرين لايأخذون بهذه القاعدة ...

وقتل المرتد يُعَدُّ واجبا في الشريعة الإسلامية على كل فرد وليس حقا؛ لأن عقوبة الـردة من الحدود، وهي واجبة الإقامة ولا يجوز العفو عنها ولا تأخيرها، ولا يعفي الأفراد من هذا الواجب أن يعهد بإقامته إلى السلطات العامة، ولايسقط هذا الواجب على الأفراد إلا إذا نفذته السلطات فعلا...

وتختـلف القوانـين عـن الشريعة الإسلامية في أنها لا تعاقب على تغيير الدين بالذات، ولكنها تأخذ بنظرية الشريعة وتطبقها على من يخرج على النظام الذي تقوم عـليه الجماعـة. فالدولـة الشيوعية تعاقب من رعاياها من يترك المذهب الشيوعي ويـنادي بالديمقـراطية أو الفاشـية، والدولة الفاشية تعاقب من يخرج على الفاشية ويـنادي بالشـيوعية أو الديمقراطية، والدول الديمقراطية تحارب الشيوعية والفاشية وتعُدُّهمـا جريمة. فالخروج على المذهب الذي يقوم عليه النظام الاجتماعي في دائرة القانون يقابل الخروج على الدين الإسلامي الذي يقوم عليه نظام الجماعة في الشريعة الإسـلامية. والخـلاف بين الشريعة والقوانين في هذه المسألة خلاف في تطبيق المبدإ وليـس خلافـا عـلى ذات المبدإ. فالشريعة الإسلامية تجعل الإسلام أساس النظام الاجتماعي، فكان من الطبيعي أن تعاقب على الردة لتحمي النظام الاجتماعي ...

---

(١) أسنى لمطالب ج/٤ ص/١٣، شرح الأنصاري على البهجة ج/٥ ص/٣، ٤ ...

(٢) شرح الأنصاري على البهجة ج/٥ ص/ ٣ ...

﴿عوده﴾ والقوانين الوضعية لا تجعل الدين أساسا للنظام الاجتماعي، وإنما تجعل أساسه أحد المذاهب الاجتماعية، فكان من الطبيعي ألاَّ تحرم تغيير الدين وأن تهتم بتحريم كل مذهب اجتماعي مخالف للمذهب الذي أسس عليه نظام الجماعة.

وقد جرى قانون العقوبات المصري مجرى القوانين الوضعية التي أخذ عنها، فلم ينص على عقاب المرتد مع أن الإسلام هو أساس نظام الجماعة في كل البلاد الإسلامية. ولكن عدم النص على عقاب المرتد لا يعني أن الردة مباحة؛ لأن الردة جريمة يعاقب عليها بالقتل حدا طبقا لنصوص الشريعة الإسلامية، تلك النصوص التي لا تزال قائمة ولا يمكن أن تلغي أو تنسخ بالقوانين الوضعية ما بقي الإسلام قائما كما بينا ذلك من قبل[1]؛ فمن يقتل الآن مرتدا لا يعاقب على قتله بأي حال، ولا يُعَدُّ مفتاتا على السلطات العامة؛ لأنه أتى فعلا مباحا طبقا للشريعة وأدى واجبا من الواجبات التي تفرضها عليه ...

ويلاحظ أن قانون العقوبات المصري، وإن لم ينص على عقاب المرتد إلا أنه لا يسري على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملا بحق مقرر بمقتضى الشريعة (م/ ٦٠ عقوبات) وهذا يكفي لإعفاء قاتل المرتد من العقاب؛ لأن إعفاء من يستعمل حقه أساسه إباحة الفعل في الشريعة، وقتل المرتد فعل تبيحه الشريعة. وإذا كان قتل المرتد واجبا وليس حقا فإن كل واجب يساوي الحق ويزيد عنه درجة، فهو يساويه إذا نظرنا إلى ذات الفعل أو من يقع عليه الفعل، فإذا نظرنا إلى الفعل وجدنا أنه مباح في حالة الحق والواجب.

وإذا نظرنا إلى من يقع عليه الفعل وجدنا أنه لا يستطيع دفع الفعل بحُسبانه جريمة؛ لأن من حق الفاعل أن يأتيه عليه سواء في حالة الحق أو الواجب، ويزيد الواجب عن الحق إذا نظرنا إلى مصدر التكليف، فالمكلف بالواجب ملزم بإتيانه، أما صاحب الحق فله أن يأتيه أو يتركه. فالفرق بين الواجب والحق لا يظهر إلا في مسئولية المكلف بالواجب عند تركه، فهو قد يتعرض للعقاب بترك الواجب أما صاحب الحق فلا يتعرض بالترك لعقوبة ما، فإذا أعفى صاحب الحق من المسئولية إذا أتى فعلا مباحا له أن يأتيه أو يتركه فأولى أن يعفى المكلف بالواجب إذا أتى فعلا مباحا ليس له أن يتركه ...

(١) راجع الفقرة ١٩١ وما بعدها...

‹عوده› ويضـــاف إلى ما سبق أن المادة السابعة من قانون العقوبات المصري نصت أيضا على أن أحكام هذا القانون لا تخل في أي حال من الأحوال بالحقوق الشخصية المقـــررة في الشـــريعة، والواجبات المقررة على الأفراد ليست كما ذكرنا إلا حقوقا شخصية لهم في إتيان الفعل إذا نظرنا إلى محل الواجب. فالتطبيب واجب على الطبيب يلزمه الشارع بأدائه، ولكن تأدية هذا الواجب تعطي الطبيب الحق في جرح المريض أو بتر طرفه. وقتل المرتد واجب على كل فرد يسأل عن تأديته أمام الشارع، ولكن تأديـــة هذا الحق تعطي المكلف بالواجب الحق في قتل المرتد. ومن واجب الجلاد قطع رقـــاب المحكـــوم عليهم بالقتل، ولكن تأدية هذا الواجب تعطيه الحق في قطع رقبة المحكـــوم عـــليه. على أننا لسنا في حاجة لهذا التعليل مادمنا نقول ببطلان النصوص القانونية المخالفة للشريعة ...

۞ 377 - الردة جريمة ككل الجرائم :

نحن لا نؤيد قوله بأن من يقتل مرتدا لا يعاقب، وحجتنا أنه أشار إلى أن "الأصل أن قـتل المرتد للسلطات العامة". ويجب علينا توضيح أن السلطات العامة المختصة بذلك هى القضاء الشرعى دون غيره .

ولا نقر نقده لمذهب الإمام/ مالك، الذى يقول بعقاب من يقتل المرتد تعزيرا، بل نحـن نؤيد هذا الرأى. وإذا كان يكتفى بالتعزير فذلك تطبيق للمبدإ العام فى تضييق نطـاق عقوبة القصاص – لوجود شبهة – فالإهدار هنا نسبى بمعنى أنه يترتب عليه عدم وجوب القصاص لكن يبقى التعزير – وهو الأصل فى نظرنا فى جميع الجرائم .

وعدم قيام السلطات العامة بتنفيذ حكم شرعى لا يجيز فى نظرنا للأفراد أن يدَّعوا لأنفسـهم حق توقيع العقوبات، وإنما يجب عليهم إقامة حكومة إسلامية تلتزم بتنفيذ أحكام الشريعة على الجميع لا على المرتدين وحدهم.

إننا لا نوافق على القول بأن أى فرد له الحق فى قتل فرد آخر بدعوى أنه مرتد، لأن ذلـك يؤدى إلى الفوضى. وإذا كان البعض قد أفتى بذلك فى العصور المتأخرة، فإنمـا غرضهم حرمان ممثلى السلطة الباغية التى لا تلتزم بالشريعة من ادعاء الحق فى محاكمتهم لأنها غاصبة معتدية، لكن لا يلزم لذلك إعطاء الأفراد حق قتل غيرهم؛ إذ يكفـى القـول بأن السلطات التى لا تلتزم بأحكام الشريعة ليس لها حق فى محاكمة الأفراد والحكم عليهم إلا بعد أن يحاكموا هم ويعاقبوا على جرائمهم؛ لأن القائمين باغتصـاب السـلطة وممارسة البغى والاستبداد هم أول من يجب محاكمتهم شرعا.. ولا يلـتزم الأفراد بطاعتهم، لأنه لا طاعة لمخلوق يعطل أحكام الشريعة ويعلن ذلك ويتباهى به.

والقـول بأن عقاب المرتد أساسه خروجه عن أصول النظام الاجتماعى وتهديده – أى ارتكابه لجريمة الخيانة العظمى – هو فى رأينا الأساس الصحيح لمعاقبة المرتد؛ وليس الأساس هو تغيير العقيدة لأن حرية العقيدة مكفولة فى الإسلام والعقاب يكون على سعيه للخروج على نظام المجتمع والدولة الذى قرره الدستور والقوانين فى الدول التى توصـف بأنها دولة إسلامية وغيرها كذلك. فالردة المعاقب عليها فى نظرنا هى جريمة الخيانة العظمى التى يعاقب عليها فى جميع الشرائع – لذلك يجب تقديم الدليل على تلك

❁ الإهدار لا يعطي للفرد العادى حق توقيع عقوبة لم يحكم بها القضاء – لأنه وحده الذى له الحق فى الحكم بالإدانة فى جميع الجرائم بما فيها الحدود والقصاص... وبما فيها الردة :

الخيانـــة – بإثـــبات أعمـــال الخيانة – كالتواطؤ مع أعداء الدولة أو تأييد هجومهم العســـكرى والسياسى والإعلامى على نظامها ودعايتهم ضدها. فلا يكفى فى نظرنا إثبات تغيير العقيدة كما هو الرأى الشائع عند كثيرين.

لقد ذهب فقيهنا الشهيد إلى القول بأن الشريعة تهدر دم المرتد، وبنى على ذلك القول بأنها لا تعاقب من يقتله، وأن رأيه أنه إذا قُدِّم قاتل المرتد للمحاكمة فإنه يجب على القاضى أن يبرئه[1]. ونحن لا نلومه على ذلك لأنه إنما أخذ بما قاله كثير من الفقهاء وخصوصا المتأخرين منهم – وما زال كثير من علمائنا يعلنون ذلك – بل إن الجماهير نفسها كثيرا ما تحبذ هذا الاتجاه وتفرضه بسبب ما يلجأ إليه بعض المرتدين من أقوال وأفعال تستفز الجماهير التى تَعُدُّ ذلك تحديا لمشاعرها وإهانة لعقيدتها وشريعتها ولكننا نحن نشترط لذلك ثبوت ارتكابه خيانة لها.

ومع ذلك، فإننا برغم احترامنا للفقهاء الذين يقولون بهذا الرأى ويدافعون عنه. نرى أن إهدار أى شخص بسبب الردة أو الإلحاد أو ما شاكل ذلك من الأفعال أو التصرفات التى تستفز الجماهير والأفراد وتسىء إلى النظام العام فى الأمة، لاتبيح قيام الأفراد العاديين بقتلهم؛ لأن الأصل هو قصر الحكم بالعقوبة الجنائية على القضاء الإسلامى، لأن القاضى هو وحده الذى له الولاية فى إصدار مثل هذه الأحكام على الجرائم، ومنها الردة سواء عَدَدْنا عقوبتها حدا أو تعزيرا.

وهذا يفترض وجود قضاء يطبق الشريعة ويلتزم بتنفيذها. ولكن ما الحكم إذا لم يوجد هذا القضاء ؟ أو وجد لكنه حُرِم من حقه فى تطبيق أحكام شريعتنا؟ هنا لا يجد كثيرون بدا من الأخذ بالرأى الراجح فى الفقه الذى يؤيده فقيهنا الشهيد. لكننا لا نقره لأنه يؤدى إلى تعميم هذه القاعدة فى جميع الحدود(2).

---

(1) و (2) نهاية البند (197).

❁ لن يجادل أحد فيما قلنا به إذا كان الحكام (السلاطين) يقومون بواجبهم في تطبيق الأحكام الشرعية، ولكن تقصيرهم في ذلك دفع كثيرين من فقهائنا لترجيح الرأي الذي نعارضه:

إنصافا لمن يقولون بالرأى الذى يتبناه فقيهنا الشهيد وكثيرون غيره، يجب أن نعترف بأن العذر الذى يقدمونه هو أن سلطات بعض الدول لا تسمح للقضاء بأن يعاقب أمثال هؤلاء المرتدين والملحدين حتى ولو عَدَّهم الجماهير خونة وعملاء لأعدائنا. بل إن كثيرا من المسئولين لايترددون فى تشجيعهم بالمناصب والجوائز ويتبنون آراءهم ويفرضونها على العامة وخاصة على الشباب والطلاب، الأمر الذى يتعارض مع الالتزام بالنص الشرعى بتحريم الردة والإلحاد والعقاب عليهما. ولذلك فإننا واثقون بأن بأكثرهم سيقرون رأينا إذا استقامت الأوضاع فى بلادهم والتزمت سلطات الدول بمبدإ سيادة الشريعة والالتزام بمبادئها وتنفيذ أحكامها .. لأن هذا هو أساس رأينا. ومع اعترافنا بقوة حجتهم، إلا أننا مع ذلك لا نقر ما ذهب إليه فقيهنا من تعميم هذه القاعدة فى جميع جرائم الحدود .. حيث ينسب إلى الفقه أنه مجمع على أنه إذا أهمل "ولى الأمر" فى إقامة الحدود فإن من واجب كل فرد أن يقيمها دون أن يُعَدَّ مرتكبا لجريمة[1].

وهـــذا القول مبنى على أن ولى الأمر فى نظر الفقهاء الذين أفتوا بهذا الرأى هو من يـــتولى الســـلطة التنفيذية أى الأمير أو السلطان، فى حين أننا قدمنا أن "أولياء الأمر" الذين لهم الولاية فى التعازير والحدود والتشريع والقضاء على العموم هم المجتهدون من الفقهـــاء والقضـــاة، لأن الامتناع عن العدوان على الغير هو التزام بمبدإ شرعى وليس مجرد طاعة للسلطة يجوز الادعاء بسقوطه إذا كانت فى يد مغتصبة أو باغية أو معتدية.

نعـــتقد أن الفقهـــاء الذيـــن أفتوا بهذا الرأى هم فى الغالب ممن عاشوا فى عهد السلاطين الذين استولوا على السلطة بالبغى والغلب "وأهملوا" تطبيق الحدود – أو بالأصـــح عطلوا عمل القضاة فى هذا المجال – أو الذين توقعوا منهم ذلك، لأنهم هم وأعوانهم كانوا أول من توجب الشريعة معاقبتهم على أعمال البغى والظلم والفساد التى كانوا يرتكبونها، إننا لا نستطيع الآن أن نناقش هؤلاء الذين قالوا بذلك، ولا ندعى

(1) يراجع البند (203).

❁ عدم قيام الدولة بتنفيذ الحدود لا يبيح للفرد أن يقوم بذلك في نظرنا، وإنما يوجب عليه مقاومة السلطة التى لا تقوم بهذا الواجب الشرعي الذى هو المبرر لوجود الدول فى شريعتنا :

القدرة على استقصاء كتب الفقه التى أشار إليها شهيدنا، ولذلك فإننا نتحفظ على هذا القول لأننا نرى أن أولى الأمر المسئولين عن إقامة الحدود والتعزير على الجرائم هم المجتهدون من العلماء والفقهاء والقضاة والقائمون بتنفيذ أحكام الشريعة – أما السلاطين والأفراد فليسوا إلا منفذين لأحكام القضاء الشرعى ..

وفي حالة إذا كان القضاة الشرعيون غير موجودين أو عجزوا عن إقامة الحدود والتعازير بسبب منع السلاطين لهم من ممارسة ولايتهم، فإن القول بأن أى فرد يمكنه أن يقوم بذلك هو رأى غير عملي وضار بالمجتمع في نظرنا لأسباب كثيرة، أولها أن ذلك سوف يكون لصالح الطغاة المستبدين، لأنه لن يكون فى مقدور الفرد أن يقيم الحد على ذوى السلطان وأعوانهم، بل ولا على من هم شوكة عصبية أو مركز اجتماعي قوى، ولن يقدم الفرد على إقامة الحد إلا على من يعتقد أنه أضعف منه..

وبذلك لا تتحقق عدالة جدية ويزول مبدأ المساواة أمام أحكام الشريعة الذى هو أصل من أصول شريعتنا وأول واجبات القضاة وأولياء الأمور الشرعيين .

إننى أفضل القول بأن العلماء والفقهاء الذين أفتوا بهذا القول هم الذين يجب عليهم أن يتولوا هذا الأمر ويقيموا مؤسسات شرعية صحيحة، وإذا عجزوا عن ذلك فغيرهم من الأفراد أكثر عجزا. لذلك نرى أن العامة لا يكون لهم إقامة الحدود إلا إذا استطاعوا أن يبدءوا بمحاسبة المغتصبين للسلطة المستبدين أو الباغين وتصحيح النظام السياسى. ولن يكون ذلك فى مقدورهم إلا إذا تضامنت معهم جماهير الأمة وأهل الحل والعقد والأئمة والفقهاء الذين من حقهم شرعا محاسبة المغتصبين ومساءلتهم ومجازاتهم على ما يرتكبونه من ظلم وبغى وفساد وتعطيل لحدود الله ومنعهم القضاة من إقامة الحدود وتطبيق التعازير، وقبل ذلك كله إقدامهم على اغتصاب السلطة والسطو على الحكم بدون شورى حرة شرعية كما توجب شريعتنا الغراء .. ولن يكون ذلك إلا بمقاومة حكام الجور الطغاة المستبدين أو الثورة عليهم .

❁ نرى أن من يستبيح لنفسه تنفيذ الحد مخطئ، وأقصى ما يمكن القول به أنه يمكن إسقاط القصاص أو الحد عنه لوجود الشبهة، لكنه يستحق التعزيرعن فعله

وهو أمر يتفادى كثير من الفقهاء التصريح به إذا كانوا يعيشون فى ظل سلطات من هذا النوع الذى يصفونه بأنه "ملك عضوض"..

* * *

لا بد أن أذكر أننى تحدثت مع الأستاذ الشيخ / محمد الغزالى – بعد الشهادة التى قدمها فى إحدى القضايا وذكر فيها ما قاله فقيهنا من إدانة قاتل المرتد بجريمة "الافتئات على السلطة" – وقلت له : يجب أولا أن نعرِّف السلطة التى وقع عليها الافتئات بأنها "القضاء الشرعى" ... فمن هو الذى بدأ بالافتئات على سلطة القضاء الشرعى ومنعه من إقامة الحدود والذى يجب أن يجازى على ذلك الافتئات؟

* * *

إننا نرى أن المرتد كالحربى ليس أساس الإهدار هو الكفر أوالإلحاد أو ما يتعلق بالعقيدة، بل هو الانحياز إلى أعدائنا والمشاركة فى تنفيذ مخططاتهم لتشكيك الأمة فى عقيدتها بل والتحالف معهم لإبعادها عن الالتزام بشريعتنا التى تفرض علينا الجهاد ضد أعدائنا – (وهى فى نظرهم أساس وحدتنا وقوتنا) ...

وبالتعبير العصرى هى أعمال تكون جريمة خيانة عظمى بالنسبة للمرتد، لأنه يشارك أعداءنا ويؤيدهم فى الحرب التى يمارسونها ضدنا.

إننا إذا كنا نؤيد القول بأن عقوبة الردة هى تعزيرية وليست حد القتل، فإننا نؤيد المتمسكين بضرورة ردع هؤلاء المتعاونين مع القوى الأجنبية المعادية الذين يلهثون وراء ما تسبغه عليهم من جوائز وتكريم بل وأسفار وأموال ومدائح فى الدعايات الإعلامية وصلت إلى حد إسباغ وصف المفكرين الإسلاميين على بعض هؤلاء المرتدين، فى حين أنهم يصفون دعاة الإسلام ومفكريه وفقهائه بأنهم "أصوليون" أو متطرفون بل ويتهمونهم بالإرهاب الفكرى أولا ثم بعد ذلك بالإرهاب الذى يجندون لمهاجمته دولا وحكومات كثيرة فى بلادهم وبلادنا واستعداء "النظام العالمى" لمحاصرتهم والهجوم عليهم..

❁ الردة تكون خيانة عظمى ويعاقب عليها بهذه الصفة إذا كانت انحيازا لأعداء الإسلام ومساعدة لهم ضد الأمة وعقيدتها وحقوقها :

لكن حرصنا على معاقبة المرتدين بالتعزير، لا يصل لحد القول بأننا نوافق على أن قتلهم مباح لكل فرد – رغم تكرار هذا القول فى المتن – ويسرنا كما قلنا أنه يؤكد من ناحية أخرى أن القضاء – أو ما يسميه السلطات العامة – هو وحده الذى يملك العقاب، وأن الفرد الذى يدعى لنفسه حق معاقبة مرتكبي الحدود يعاقب على جريمة سماها "الافتيات على السلطة العامة"، ونحن نقول إنه لايرتكب عملا مباحا بل جريمة عادية تعزيرية.

المشكلة الحقيقية – كما قال فقيهنا – هى أن بعض الحكومات لا تقوم بواجبها فى فرض عقوبة التعزير على المرتدين، ولا فى تنفيذ أحكام شريعتنا، وبعضهم يجارى أعداء الإســلام ويعاونهم فى استغلال هذا الصنف من الخارجين على الإسلام المهاجمين لمبادئه وعقــائده وشريعته وتاريخه، فلا تجد الجماهير أمامها للرد على هذا الاستفزاز والهجوم إلا المطالــبة بتوقيع الحد عليهم أو تشجيع بعض الأفراد للعدوان عليهم انتقاما لأمتهم واعتقادا منهم أن ذلك واجب وحق لهم كما كان يؤكد جمهور الفقهاء..

إن مــن يصرون على توقيع عقوبة الحد على المرتدين بمعرفة الأفراد قد يكونون معذوريــن، لأنهم يعتقدون أنهم بذلك يدافعون عن كيان أمتهم وشريعتها ضد هجوم أجنبى تشارك فيه عناصر داخلية يَعُدُّونها شريكة فى العدوان ومؤيدة له وخائنة لأمتهم – وسيبقى لهم هذا العذر سببا لسقوط عقوبة الحد أو القصاص عليهم، طالما أن الأمة ترى أحكام شريعتها معطلة .

أمــا رأيــنا، فهو يفترض أن الشريعة نافذة ومطبقة فعلا على الحكام والمحكومين جميعــا – وإذا عطــلت الشريعة فإن هذه الأوضاع الشاذة هى التى تستفز الجماهير للمطالــبة بتوقيع الحد على من يُعَدُّون خائنين لأمتهم وشعوبهم، بل إن بعض الفقهاء يبــيحون ذلــك للأفراد وإن كنا لا نقر بذلك – ونأمل أن يكون رأيهم صوابا وأن نكون نحن المخطئين ...

〈عوده〉 ٣٧٨ - *ثالثا الزانى المحصن*: تعاقب الشريعة الزانى المحصن بالرجم، والزانى غير المحصن بالجلد. وعقوبة الرجم عقوبة متلفة يقصد منها إهلاك الزانى وزجر غيره، أما عقوبة الجلد فغير متلفة ويقصد منها تأديب الزانى وزجر غيره. ولما كانت عقوبة الرجم متلفة وكانت حدا أى عقوبة مقدرة فقد عُدَّ الزانى المحصن مهدر الدم ...

ومن المتفق عليه عند مالك وأبى حنيفة وأحمد أن ليس على قاتل الزانى المحصن قصاص ولا دية؛ لأن الزانى المحصن يصبح بزناه مباح القتل. ولما كانت عقوبة الزنا من الحدود والحدود لا يجوز تأخيرها، ولا العفو عنها، فإن قتل الزانى المحصن يُعَدُّ واجبا لابد منه إزالة للمنكر وتنفيذا لحدود الله[1]...

ويتفق الرأى الراجح فى مذهب الشافعى مع الرأى السابق. أما الرأى المرجوح فى مذهب الشافعى فيرى أصحابه أن قاتل الزانى المحصن يقتل به؛ لأنه قتله لغيره وليس لنفسه فوجب فيه القصاص، كما لو قتل رجل رجلا فقتله غير ولى الدم[2] .

ويرد على ذلك بأن الزانى المحصن مباح الدم للجميع لا لشخص بعينه، وأن قتله محتم لا خيار فيه بعكس القاتل فإن دمه لا يباح إلا لولى الدم فقط، وله الخيار إن شاء قتل وإن شاء عفا ...

وإذا كان لا يجوز مؤاخذة من يقتل الزانى المحصن بعَدِّه قاتلا، فإنه لا يجوز أن يؤاخذ بعَدِّه مفتاتا على السلطات العامة[3]، بشرط أن تأخذ السلطات العامة على عاتقها أداء هذا الواجب، فإذا أهملت فى أداء هذا الواجب أو تخلت عنه فليس لها أن تؤاخذ من أداه بحجة أنه مفتات عليها ...

ويشترط الشافعيون فى قاتل الزانى المحصن أن يكون معصوما؛ لأن مهدر الدم لا يُعَدُّ مهدرا لمثله، فالزانى المحصن لا يُعَدُّ مهدر الدم للزانى المحصن، ولا للمرتد، ولا للحربى لأنهم جميعا فى درجة واحدة ودمهم جميعا مهدر[4]...

---

(١) حاشية الطهطاوى ج/ ٤ ص/ ٢٦٠، مواهب الجليل ج/٦ ص/٢٣١، ٢٣٣، المغنى ج/٩ ص٤.
(٢) المهذب ج / ٢ ص / ١٨٦ ...
(٣) المرجع السابق وتبصرة الحكام ج/٢ ص/١٧٠ ...
(٤) تحفة المحتاج ج/٤ ص/١٠، شرح الأنصارى على البهجة ج/٥ ص /٣، ٤...

﴿عوده﴾ أمـــا إذا كـــان الزانى غير محصن فعقوبته الجلد فقط، فمن قتله فى غير حالة التلـــبس عُدَّ قاتلا عمدا وأقيد به؛ لأنه قتل معصوم الدم. وهذا متفق عليه بين الأئمة الأربعة ...

وإذا قتل الزانى غير المحصن فى حالة التلبس، فلا عقوبة على قاتله عند مالك وأبى حنيفة وأحمد، وحجتهم فى ذلك قضاء عمر رضى الله عنه، فقد كان يتغدى يوما فأقبل عـــليه رجـــل يعدو ومعه سيف ملطخ بالدم حتى قعد مع عمر، وجاء جماعة فى أثره فقـــالوا: إن هذا قتل صاحبنا مع امرأته. فقال عمر : ما يقول هؤلاء ؟ قال الرجل : لقد ضربت فخذى امرأتى بالسيف، فإذا كان بينهما أحد فقد قتلته. فقال لهم عمر: مـــا يقول الرجل ؟ فقالوا: ضرب بالسيف فقطع فخذى امرأته وأصاب وسط الرجل فقطعه اثنين. فقال عمر للرجل : إن عادوا فعد، وأهدر دم القتيل ...

ويعـــلل بعض الفقهاء إباحة القتل فى حالة التلبس بالزنا بالاستفزاز الذى ينتاب القاتل فيدفعه للقتل. وهؤلاء يفرقون بين الأجنبية وغير الأجنبية، فإن كانت المزنى بها أجنـــبية فلا يباح القتل، وإن لم تكن أجنبية يباح القتل؛ لأن الزنا بالأجنبية لا يستفز الشخص كما يستفزه الزنا بأهله من زوجة أو أم أو أخت... إلخ .

ولكـــن أغلب الفقهاء لا يعللون الإباحة بالاستفزاز، وإنما يعللونها بتغيير المنكر، فيرون أن قتل الزانى غير المحصن فى حالة التلبس تغيير للمنكر باليد، وهو واجب على مـــن اســـتطاعه[1]. وأصحاب هذا الرأى لا يفرقون بين الزنا بأجنبية أو بغير أجنبية، ويبيحون قتل الزانى غير المحصن رجلا كان أو امرأة فى حالة التلبس مطلقا. وهذا هو الرأى الراجح فى المذاهب الثلاثة[2]...

أمـــا الشافعى فلا يرى قتل الزانى غير المحصن فى حالة التلبس إلا إذا لم يمكن منعه عن الجريمة إلا بالقتل، وفيما عدا هذا يُعَدُّ قتله جريمة يعاقب عليها بعقوبة القتل العمد ســـواء كـــانت هناك حالة استفزاز أو لم تكن؛ لأن الاستفزاز لا يبيح القتل؛ ولأن دفع

---

(١) راجع الفقرة / ٣٤٥...

(٢) تبصرة الحكام ج/٢ ص/١٧٠،١٦٩، البحر الرائق ج/٥ ص/ ٤٠ :٤١، المغنى ج/١٠ص/٣٥٣ وما بعدها...

<عوده> المـــنكر لا يبيح القتل إلا إذا كان القتل هو الوسيلة الوحيدة لدفع المنكر[1].
على أن بعض الشافعيين يرى قتل الزانى غير المحصن ما دام قد أولج لأنه مواقع فى كل لحظة[2] ويبيح هؤلاء لدافع المنكر أن يبدأ بالقتل ...

ويســـتوى عند الفقهاء أن يكون القتل للزنا بصفة عامة قبل حكم القضاء بثبوت جـــريمة الزنا أو بعد الحكم، والمهم أن تثبت جريمة الزنا على القتيل بأدلتها الشرعية، فإن ثبتت فلا يسأل القاتل عن القتل على التفصيل السابق، وإن لم تثبت فهو مسئول جنائيا عن القتل العمد ...

وليس فى القوانين الوضعية الحديثة ما يتفق مع الشريعة الإسلامية فى عقاب الزنا، فليس فى هذه القوانين ما يعاقب على الزنا بالقتل أو ما يعاقب على كل زنا كما تفعل الشـــريعة. وقد نهج قانون العقوبات المصرى نهج القوانين الوضعية السائدة فى البلاد غـــير الإســـلامية، لكـــن نصوص قانون العقوبات، أيا كانت لا أثر لها على أحكام الشـــريعة، وهى نصوص باطلة بطلانا مطلقا فى كل ما يخالف الشريعة، صحيحة فقط فى كـــل ما يتفق مع أحكام الشريعة أو مبادئها العامة، وقد بسطنا هذا من قبل بسطا وافيا فلا نعود إليه[3] ...

وإذا كـــان قـــتل الزانى المحصن واجبا تلزم به الشريعة الأفراد، فإن هذا الواجب يدخل تحت الحقوق الشخصية التى نص عليها قانون العقوبات المصرى للأسباب التى ذكـــرناها بمناســـبة الكلام على واجب قتل المرتد، ولا نذكر هذا لنبرر به قتل الزانى المحصن؛ فقتله واجب طبقا للشريعة، ولا عبرة بالنصوص القانونية المخالفة للشريعة.

وإنمـــا نذكـــر ما نذكر فى هذا الشأن لنبين مدى اضطراب النصوص القانونية، فبعضها لا يعاقب على ما تبيحه الشريعة من قتل المرتد والزانى وغيرهما من المهدرين كالمـــادة السابعة من قانون العقوبات، وبعضها يحرم قتل المهدرين كنص المادة ٢٣٠ عقوبـــات، وعلة هذا الاضطراب أن واضع قانون العقوبات كان يجهل مدى الحقوق المقررة للأفراد فى الشريعة ومدى الواجبات المفروضة عليهم ...

---

(١) المهذب ج/٢ ص/ ١٨٦، الأم ج/٦ ص / ٢٦ ...

(٢) شرح الأنصارى على البهجة ج/٥ ص/١١٣ ...

(٣) راجع الفقرة رقم ١٩١ وما بعدها ...

378 – مرتكبو الجنايات الكبرى – وعقوبة الزنا :

فى هـــذا البند وما يليه نستعرض حالة طائفة من يُعَدُّون مهدرين بسبب ارتكاهم جرائم يعاقب عليها بالقتل، ومنهم "الزانى المحصن" فى رأى الجمهور والمحارب والباغى ومـــرتكب الجـــرائم التى يعاقب عليها بالقتل قصاصا. وقد استطرد فقيهنا فى الكلام على تلك الجرائم وعرض آراء الفقهاء بشأنها.

والـــذى يهمـــنا هـــنا هو العلة التى تربط بين هذه الفئة من مرتكبى الجرائم مع الطائفتين السابقتين – المحاربين والمرتدين.

فقد أوضحنا أن علة إهدار أولئك هى عداوقم للأمة الإسلامية أو مشاركتهم فى هذا العدوان بممالأة العدو الذى يهدد كيان شعوبنا ويمكن أعداءنا من السيطرة عليها واستعباد شعوبها أو إبادة بعضهم فى بعض الأحيان.

ونعـــتقد أن مـــرتكبى الجرائم الخطيرة التى تعاقب عليها شريعتنا بعقوبات مقدرة قصوى حدا أو قصاصا يهددون مجتمعنا وشعوبنا بصورة جعلت المشرع الإلهى يخصهم بنصوص صريحة تفرض عليهم عقوبات حدية أو قصاصا – ولذلك فإن فقيهنا يَعُدُّهم مهدرين كما هو الشأن بأولئك الذين يهددون بلادنا بعدوان خارجى من الحربيين أو أعوانهم وشركائهم من الخونة المرتدين.

إن الله سبحانه وتعالى أراد بهذه النصوص الجنائية أن يذكر أمتنا بأن الخطر الذى يهدد كيانها لا يأتى فقط من الخارج فى حالة عدوان المحاربين أو تآمر الخونة المرتدين، بـــل إن أخطـــار الفســـاد الداخلى والانحلال الأخلاقى لا تقل خطورة عن العدوان الأجـــنبي. والنصوص التى تقرر العقوبات القصوى المقدرة على الجرائم الخطيرة التى تهـــدد قيم المجتمع وكيانه الاجتماعى والأخلاقى قصد بها تحذير الأمة من هذا الخطر ودعوتها لحماية القيم الأخلاقية والسلوكية التى تحصن المجتمع من الفساد والانهيار..

إن فقيهـــنا يـــراعى أن شـــريعتنا عنيت بحماية القيم التى فرضتها لسلامة البناء الاجتماعى، كما عنيت بحماية الأوطان والشعوب من العدوان الأجنبى، وذلك بتقرير عقوبـــات قصوى مقدرة حدا أو قصاصا على من يرتكبون جرائم خطيرة تهدد هذه القيم الأخلاقية والاجتماعية.

❁ المجتمع هو الذى له حق توقيع العقوبات المقدرة حدا أو قصاصا، ويمثله القضاء وحده، وليس للفرد حق اغتصاب سلطة القاضي، وعليه أن يرفع الأمر للقضاء، لا أن يتولى الادعاء والحكم معا :

إن العقوبات القصوى لم يقصد بها استئصال من يرتكبون هذه الجرائم الخطيرة لأن الواقـــع يؤكد أن الانحرافات والجرائم ملازمة للمجتمعات الإنسانية فى جميع العصور والأقاليم. وإنما قصد بها أولا إلزام مجتمعنا أى جمهوره وعامته وأولى الأمر فيه بإعلان اســـتنكارهم لتــــلك الجـــرائم وعـــزمهم على مقاومتها بجميع الوسائل، بما فى ذلك العقوبات الحدية أو القصاص إن لم تكف الوسائل التربوية والثقافية والاجتماعية..

لقـــد أفـــاض فقيهـــنا فى الكـــلام عن أركان هذه الجرائم وعقوباتها وأحكامها ومحاكماتها – وهذا ظاهر مما قدمه من عرض واسع ومفصل فى المتن – وعلينا نحن أن نقـــتحم مجـــالا أعمـــق وأخطر، وهو بيان القيم والحقوق التى قررت هذه العقوبات لحمايتها وتحصينها.

وقـــد أشـــرنا من قبل عند كلامنا فى تقسيم الجرائم إلى أننا فى حاجة إلى تقسيم موضوعى يربط كل جريمة بالحقوق والقيم الاجتماعية والأخلاقية التى قررت عقوبات الحدود والقصاص لحمايتها..

إن منطق التدرج يوجب علينا أن نبدأ بمرتكبى جرائم "الحرابة" والبغى والفساد فى الأرض – عقب كلامنا عن المحاربين والمرتدين – لكن فقيهنا آثر أن يبدأ بجريمة "زنا المحصن" فى هذا البند.

ربمـــا كان الذى دفعه للكلام عن إهدار مرتكبى جريمة زنا المحصن بعد الكلام عن مرتكبى الردة هو أن هناك من يعارضون فى وجوب هذين الحدين ...

وطبقا للمبدإ الذى نسير عليه دائما فى تضييق نطاق الحدود الجنائية، فإننا قلنا من قـــبل إننا نؤيد الرأى الذى يعارض فى تطبيق حد القتل (الرجم) فى جريمة زنا المحصن (كما عارضنا فى تطبيق حد القتل على المرتدين)، ونفضل الرأى القائل بأن الحد المقرر فى القرآن الكريم لجريمة الزنا سواء المحصن أو غيره هو الجلد. ولا نؤيد القول بنسخ النص القرآنى بالسنة النبوية، خصوصا وأنها أحاديث آحاد ... أو سنن فعلية ليس من

❁ نؤيد رأى الأمام الشافعي، وإن كنا نجيز إسقاط القصاص لوجود شبهة، ونرى أن يكتفي بالتعزير فى هذه الحالة :

المؤكد أنها تمت بعد نزول النص المقرر لعقوبة الجلد. سواء كانت عقوبة زنا المحصن هـى الرجم أو الجلد، فإنها عقوبة حدية بدنية مقدرة مقررة بنص شرعى، فمن الواجب أن نذكـر القـارئ بما قلناه من قبل من أن تقرير عقوبة حدية بدنية فى جرائم العرض (الـزنا والقذف) يرجع إلى عناية شريعتنا بحماية كيان الأسرة وحصانتها بحسبانها نواة المجتمع وقاعدته، وضمان سلامتها لأنها هى أساس تقدم المجتمع ونموه وبقائه.

وعـلى الفقه وكل من يمثلون أمتنا من أهل الاجتهاد أو أهل الذكر أو أهل الحل والعقـد أن يـأخذوا هذا المبدأ بعين الاعتبار، سواء عند دراسة أحكام هذه الجرائم وعقوبـتها، أو مواجهـة ما يستجد من متطلبات وأحكام مستحدثة لمواجهة الهجوم الـذى يشنه أعداؤنا على مبادئ شريعتنا التى تحمى الأسرة وكيانها ووحدتها، وغير ذلـك مـن المبادئ التى يعتقدون أنها تحول دون تحقيق أهدافهم للسيطرة على بلادنا وشعوبنا مثل مبدإ الجهاد ووحدة الأمة الإسلامية وقوتها.

وفيما يخص الإهدار، فإنه لا ينحصر فى إهدار حياة الشخص بقتله، وإنما يدخل فى نطاقه إهدار سلامة الجسم بإباحة قطع الأطراف (فى حالة القصاص) فى الأحوال التى تقرر فيها هذه العقوبة .

وطبقا للمبدإ الذى نسير عليه، فإن الإهدار يقصد به تقرير حق المجتمع فى توقيع تـلك العقوبـات وإن الـذى يمثل المجتمع فى ذلك هو القضاء وحده ومن يعاونون وينفذون أحكامه، ولا يحل الفرد العادى ولو كان هو المجنى عليه محل القضاء وأعوانه — وفيما عدا هذا نحن مع كل ما قاله فقيهنا فى هذا الصدد — خصوصا أنه يؤيد قوله بما نسب لأئمة الفقه فى المذاهب المشهورة.

* * *

ثم إن ما نسبه للإمام الشافعى من قول بأن قاتل الزانى المحصن يقتل به. يدل على أن هـذا الـرأى يؤيد وجوب توقيع عقوبة القصاص على مرتكب العدوان على الزانى المحصـن. ونحن لا نصل لهذا الحد ولا نقول بوجوب القصاص، وإنما نرى أن العقوبة تكون تعزيرا فقط، ونعتقد أن الفقه فى كثير من الأحيان لا ينكر ذلك، بدليل أن فقيهنا

❁ إباحة إقامة الحد أو القصاص دون رجوع للقضاء يوقع المجتمع فى فوضى لا تقرها شريعتنا :

أجاز التعزير بحجة ارتكاب جريمة "الافتئات على السلطة العامة". ومعنى ذلك أن مبدأ التعزير وارد ولا جدال فيه. والخلاف بيننا وبينه هو نوع الجريمة التى يعزر بسببها مرتكب هذا الاعتداء: فنحن نصر على وصفها بأنها جريمة اعتداء على شخص وليست عملا مباحا ولا واجبا كما ورد فى المتن، وهو يكتفى بوصفها بأنها "افتئات على السلطة العامة" أى سلطة القضاء واختصاصه.

وكما قلنا من قبل، فإننا لا نقر القول بأن تقصير السلطة القائمة فى تطبيق الشريعة أو تنفيذ الحدود يعطى للأفراد الحق فى تطبيق أو تنفيذ تلك العقوبات بأنفسهم – وإنما يعطيهم الحق والواجب فى محاسبة الحكام وتغييرهم حتى يلتزم الجميع بأحكام الشريعة التى تحمى كيان المجتمع كما تحمى حقوق الأفراد وحرماتهم، وهذا فى نظر كثيرين أصعب بكثير من مجرد الاجتراء على حياة شخص وخاصة إذا كان من المستضعفين..

أما ترك هذا الواجب الشرعى فى إقامة الحكم الصالح الذى يلتزم بالشريعة ويطبقها لإصلاح المجتمع ومؤسساته، والاكتفاء بترديد فتاوى تفتح الباب أمام الأفراد يقتل بعضهم بعضا بحجة إقامة الحدود، فهذه فوضى لا نقرها ونعتقد أن شريعتنا لا تسمح بها، لأنها تدفع مجتمعنا إلى الانهيار ومواصلة تعطيل أحكام الشريعة التى توجب إقامة الحكم الصالح .

يكفينا أنه قال بأن المهم هو أن تثبت جريمة الزنا بأدلتها الشرعية – والذى يقدر الأدلة الشرعية هو القاضى وليس الفرد العادى – كما أن تقدير الأدلة ومناقشتها يجب أن يسبق العقاب لا أن يوقع العقاب وبعد ذلك نثبت الجريمة.

وثورته على القوانين المستوردة التى تبيح الزنا ولا تعاقب عليه، فى محلها، ونحن نؤيدها ونشاركه فيها. لكن تحريم الزنا ومعاقبة مرتكبه لا يكون فى نظرنا بإباحة القتل دون محاكمة قضائية ودون حكم شرعى بعد محاكمة عادلة وحكم قضائى مبنى على أدلة تعرض فى مجلس القضاء وتناقش أمام القاضى بل وأمام عامة الناس وجمهورهم – فلا يجوز أن يبادر شخص بمفرده لتوقيع العقوبة دون هذه الإجراءات والمحاكمات الشرعية.

❁ إذا كان القصاص حقا للمجنى عليه أو ولى دمه فلا بد أن يرجع للقضاء للمطالبة به لا أن يدعي لنفسه سلطة الادعاء والحكم والتنفيذ :

نحن لا نؤيد قوله بأن عقوبة الزانى المحصن هى الرجم، ونرفض القول بنسخ النص القرآنى للأسباب التى بيناها سابقا، و لا نتجاهل الأقوال التى ترى أن عقوبة الزنا فى جميع الأحوال هى الجلد بنص الآية الكريمة. ثم إن القول بعقوبة الرجم للزانى المحصن أساسه أن النبى صلى الله عليه وسلم قد نفذ هذه العقوبة، والرأى الذى نؤيده يستند إلى أن ذلك إنما حدث قبل ورود النص القرآنى العام. وأصحاب هذا الاتجاه يرون أن السنة النبوية خصوصا سنة الآحاد لا يمكن أن تنسخ حكما نص عليه القرآن صراحة بوضـــوح قـــاطع. ونحـــن نؤيد هذا الرأى الذى يقول به عدد من العلماء السابقين والمعاصرين.

وتوضيح هذا الرأى يعطى للقارئ فرصة لفهم كل ما قاله بشأن عقوبة الرجم وما رتبه عليها من "إهدار".

وســـواء كانت العقوبة هى الجلد أو الرجم للزانى المحصن، فإننا نذكر كل باحث بأن الإهدار الكامل معناه إعطاء القضاء سلطة المحاكمة، والحكم بالعقوبة الحدية طبقا للأصول الشرعية، ولا يبرر فى نظرنا إطلاق يد جميع الأفراد لقتل غيرهم دون محاكمة شرعية.

وإذا كان لا بد من الاختيار بين المذاهب المختلفة، فإن الرأى المرجوح الذى نسبه لمذهب الشافعى هو فى نظرنا أولى من سواه.

أمـــا الاحتجاج بإهمال السلطة العامة أو تخليها عن إقامة الحد، فالأولى أن نطلب من الجميع تصحيح وضع الحكام وإقامة حكم إسلامى صالح يلتزم بأحكام الشريعة – وأول مـــن يجب عليهم ذلك فى نظرنا هم الفقهاء والعلماء – وهذا أولى من الإفتاء بإباحة القتل للأفراد، الذى يدفع المجتمع إلى الفوضى التى لا تقرها شريعتنا.

إنـــنا لا نستسيغ أن ينسب إلى شريعتنا القول بأن هناك أناسا دمهم مباح لكل من هـــب ودب، كأنـــنا فى غابـــة لا شريعة فيها ولا قضاء. إن شريعتنا تخاطب الجماعة المـــنظمة، وتفـــرض علينا إقامة مؤسسات مسئولة أمام الأمة، فهى وحدها التى تملك تنفيذ الحدود والحكم بها وليس الأفراد الذين يتأثرون بنزعة الانتقام والثأر. وإذا لم يوجد

❁ نحن نرى أن من يقتل المستحق للقصاص يعزر لأنه ارتكب جريمة قتل، لكن سقط القصاص لوجود شبهة بدلا من قوله إنه يعزر لافتئاته علي السلطة العامة :

الحكـــام الذين يلتزمون بذلك، فواجب الأفراد والعلماء والجماهير أن تسعى وتعمل لإقامة حكم شرعي راشد صالح، بدلا من إطلاق الحرية للأفراد ليقتل بعضهم بعضا.

لقد سبق أن قلنا إن الشريعة تخاطب الجماعة وتخاطب الفرد. والآن يجب أن نقول إن الجماعـــة لهـــا حقـــوق لا يملكها الفرد، وفى نطاقها تملك الجماعة وحدها ممارسة حقوقها وأهمها فى نظرنا حق القضاء و العقاب الجنائى. فكل ما يدخل فى هذا النطاق هو من شأن الجماعة المنظمة، فلا يجوز للفرد مهما تكن صفته أن يدَّعى لنفسه ذلك، والذى يمثل الجماعة هو القضاء وحده ولا حق لغيره فى توقيع عقاب جنائى ولا تنفيذ عقوبة جنائية.

ثم إن استطراد بعض فقهائنا للقول بأن بعض العقوبات كالقصاص هى حق خاص لـــلمجنى عليه أو ولى الدم لا يجوز أن يفهم منه أن الدعوى الجنائية فى تلك الحالات ملك لهم، بل معناه فقط أن لهم حقوقا معينة فى طلب المقاضاة ورفع الدعوى للقضاء أو التـــنازل عـــن دعـــوى القصاص أو عن تنفيذ عقوبة معينة حكم بها القضاء هى "القصاص" - لكن ليس معناه أن يباح لهم محاكمة المدعى عليه أو إدانته أو تبرئته أو تحديـــد عقوبـــته أو الحكـــم بها أو تنفيذ العقوبة؛ فكل ذلك من اختصاص القضاء الشرعي. وإن العقوبة تكون تعزيرا فى نظرنا.

نحن لا نفهم القول بأن من يقتل شخصا مهدرا يعزر لارتكابه جريمة اعتداء على الســـلطة العامـــة فقـــط، وأنه لا يُعَدّ قاتلا أو لا يوصف بأنه اعتدى على المقتول. فالاعـــتداء عـــلى الأشخاص فى جميع الأحوال هو اعتداء على الجماعة كلها وعلى حقـــوق المجتمع، ومعناه أن الفعل جريمة، وهي جريمة قتل فى نظر شريعتنا، ولا يجوز إنكـــار هذه الصفة عليها، ولا دليل على انتفاء وجودها. أما القول بأن التعزير سببه مجرد اعتداء على السلطة العامة فكأننا نفترض أن السلطة العامة لها حقوق ذاتية غير حقوق المجتمع، مع أنها فى شريعتنا لا شرعية لها ولاحقوق إلا بصفتها ممثلة للمجتمع، وفى حـــدود هـــذه الصفة وحدها. فنحن نتفق معه فى وجوب التعزير، لكننا لا نقر وصف القتل أو الجرح بأنه مجرد اعتداء على حق السلطة العامة.

⟨عوده⟩ ٣٧٩ـ (رابعا) **المحارب** : المحارب هو من يرتكب جريمة الحرابة أى الإفساد فى الأرض، أو قطع الطريق كما يسميها البعض، أو السرقة الكبرى كما يسميها البعض الآخر ...

ولجريمة الحرابة أكثر من عقوبة واحدة، وذلك ظاهر من قوله ﷺ : ﴿إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فسادا أن يقتَّلوا أو يصلَّبوا أو تقطَّع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو يُنفَوا من الأرض﴾ [المائدة :٣٣]. فعقوبة الحرابة هى القتل والصلب وقطع الأيدى والأرجل من خلاف والنفي، وأول ما يلاحظ على هذه العقوبات المتعددة أنها ليست جميعا متلفة...

وقد اختلف الفقهاء فى أمر هذه العقوبات هل هى مرتبة على قدر الجريمة أم هى على التخيير؟ وأساس اختلافهم هو تفسير الحرف (أو). فمن رأى البعض أنه جاء للتفضيل والترتيب ومن رأى البعض أنه جاء للتخيير...

يرى الفقهاء فى مذهب أبى حنيفة والشافعي وأحمد أن العقوبات مرتبة على حسب الجناية التى وقعت، فمن قتل ولم يأخذ مالا قتل، ومن أخذ المال ولم يقتل قطع، ومن قتل وأخذ المال قتل وصلب[1] ومن أخاف السبيل ولكنه لم يقتل ولم يأخذ مالا نفي[2]...

وعند مالك أن المحارب إذا قتل فلا بد من قتله، وليس للإمام تخيير فى قطعه ولا فى نفيه، وإنما التخيير فى قتله أو صلبه. وأما إن أخذ المال ولم يقتل فلا تخيير فى نفيه، وإنما التخيير فى قتله أو صلبه أو قطعه من خلاف، وأما إذا أخاف السبيل فقط فالإمام مخير فى قتله أو صلبه أو قطعه أو نفيه. ومعنى التخيير عند مالك أن الأمر راجع فى ذلك إلى اجتهاد الإمام، فإن كان المحارب ممن له الرأى والتدبير فوجه الاجتهاد قتله أو صلبه؛ لأن القتل لايرفع ضرره. وإن كان لا رأى له، وإنما هو ذو قوة وبأس قطعه من خلاف. وإن كان ليس فيه شيء من هاتين الصفتين أخذ بأيسر ذلك فيه وهو النفى والتعزير[3]...

---

(١) لا يرى أبو حنيفة بأسا من الجمع بين القطع والقتل فى هذه الحالة، ويخالفه فى هذا صاحباه. ولأحمد رأى يتفق مع رأى أبى حنيفة فى هذه النقطة. راجع بدائع الصنائع ج/٧ ص/٩٣، والمغنى ج/١٩، ص/٣٠٥.

(٢) المغنى ج/١٠ ص/ ٣٠٤ وما بعدها، بدائع الصنائع ج/٧ ص/٩٣، أسنى المطالب ج/٤ ص :١٥٤، ١٥٥...

(٣) بداية المجتهد ج/٢ ص / ٣٨٠ : ٣٨١...

﴿عوده﴾ والحرابة جريمة من جرائم الحدود وعقوباتها حدود. والقاعدة أن عقوبة الحد لازمة فلا تسقط بإهمال تنفيذها ولا بالعفو عنها، ولكن عقوبات الحرابة تسقط استثناء بالتوبة لقوله ﷻ: ﴿إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم﴾ [المائدة: ٣٤]. فإذا تاب المحارب سقطت عنه عقوبات القتل والصلب والقطع والنفى أى العقوبات المقررة حدا لجريمة الحرابة بشرط أن تكون التوبة قبل القدرة عليه، فإن تاب بعد القدرة لم يسقط عنه شيء[1]...

ويترتب على التفصيلات التى ذكرناها أن المحارب يختلف حاله فى الإهدار باختلاف رأى الفقهاء فيما إذا كانت العقوبات جاءت على وجه الترتيب أو التخيير. فإذا قلنا إنها جاءت على الترتيب، فالمحارب يهدر دمه بالقتل، وبالقتل وأخذ المال، وتهدر يده اليمنى ورجله اليسرى بأخذ المال فقط، ولا يهدر منه شيء بإخافة السبيل فقط؛ لأن العقوبة النفى وهو غير متلف. وإن قلنا إن العقوبات جاءت على التخيير فالمحارب يهدر دمه بالقتل؛ لأن العقوبة هى القتل أو الصلب وكلاهما عقوبة متلفة، وكذلك الحكم فى حالة القتل وأخذ المال، أما إذا أخذ المال ولم يقتل، فلا يهدر منه إلا يده اليمنى ورجله اليسرى؛ لأن الإمام وإن كان له أن يقتله أو يصلبه، إلا أن له أن يقطعه فالقطع هو أقل العقوبات الواجبة. وأما إذا أخاف السبيل فقط فلا يهدر منه شيء ولو أن للإمام أن يقتله أو يصلبه أو يقطعه؛ لأن للإمام أيضا أن ينفيه والنفى عقوبة غير متلفة...

ويُعَدُّ الجانى مهدرا على الوجه السابق من وقت ارتكاب الجريمة لا من وقت الحكم بالعقوبة. وينبنى على هذه القاعدة أن تتغير حالة الإهدار فى الجانى عند القائلين بالتخيير فى العقوبة؛ لأن من يأخذ المال فقط قد يحكم عليه بالقتل فيصبح مهدر الدم من وقت الحكم بعد أن كان مهدرا فى طرفيه فقط من وقت ارتكاب الجريمة. ومن أخاف السبيل فقط إذا حكم عليه بالقتل أو القطع يهدر إهدارا كليا أو جزئيا من وقت الحكم مع أنه لم يكن مهدرا قبل ذلك ... وتزول حالة الإهدار بتوبة المحارب بل القدرة عليه، ويعود المحارب معصوما، فمن قتله أو قطعه بعد ذلك فهو قاتل أو قاطع متعمد إذا كان عالما بالتوبة، فإن لم يكن عالما فهو قاتل أو قاطع خطأ...

---

(١) المغنى الجزء العاشر ص/٣١٥، بداية المجتهد ج/٢ ص/٣٨٢...

﴿عوده﴾ ويُعَدُّ قتل المحارب قبل التوبة أو قطعه واجبا لاحقا؛ لأن عقوبات الحرابة من الحـــدود ولا يجـــوز تأخيرها، وتنفيذها واجب على كل فرد أصلا، واختصاص أولى الأمر أنفسهم بإقامة هذه العقوبات لا يسقط واجب إقامتها عن الأفراد إلا إذا أقيمت فعلا. ويجوز للسلطات العامة أن تعاقب من يقتل أو يقطع مهدرا لا بحسبانه قاتلا أو قاطعا وإنما بحسبانه مفتاتا على السلطات العامة، ولكن يشترط لاستحقاق العقاب فى هذه الحالة أن تكون السلطات حريصة على إقامة الحدود طبقا لنصوص الشريعة ...

وإذا كـــان المحارب مهدرا إهدارا جزئيا كأن أخذ المال ولم يقتل فقتله شخص فهو مســـئول عـــن قتله عمدا، وإذا قطع طرفا غير الطرف المستحق فهو مسئول عن قطعه عمدا ما لم يقصد الطرف المستحق فيخطئ ويصيب غيره، فإنه يسأل عن قطعه خطأ...

وإذا قطـــع الطرف المهدر فأدى القطع إلى الموت فلا مسئولية على القاطع؛ لأن الموت تولد عن قطع واجب، والواجب لا يتقيد بشرط السلامة ...

379 - جريمة "الحرابة" :

كل ما قلناه فيما سبق عن رأينا فى المقصود بإهدار الأشخاص الذين ثبت ارتكابهم لجـــريمة عقوبتها مقدرة وواجبة حدا أو قصاصا - يطبق فى نظرنا على جريمة الحرابة التى عرض أحكام عقوباتها فقيهنا بدقة وتفصيل لا مزيد عليه.

وبـــناء عليه فالإهدار الكامل هو للمجتمع الذى يمثله القضاء والسلطات العامة التى تنفذ أحكامه. أما بالنسبة للأفراد فإن الإهدار نسبى ينحصر فى الالتجاء للقضاء وفى استبعاد العقوبات الحدية لوجود شبهة مع ضرورة تطبيق عقوبات تعزيرية مناسبة.

إلا أن الحرابة تتميز بأمرين :

الأول : هـــو إمكانيـــة توافر شروط الدفاع الشرعى وقت الحادث، لأن الحرابة عـــدوان عـــلى الأشـــخاص والأموال يكون عادة فى الطريق العام، أو الأماكن التى يصعب فيها الاستغاثة والنجدة، وهذا العدوان يبيح للمجنى عليه ولغيره من الناس أن يرتكب كل ما يستطيع من أفعال لدفعه ومقاومته، ويكون عمله مباحا له ولو كان فى الأصل يُعَدُّ جريمة وذلك على أساس حق الدفاع الشرعى عن النفس أو المال، سواء نفس المدافع أو نفس غيره، ومال المدافع أو مال غيره.

ونشير إلى ما قلناه من أن إباحة أعمال القتال فى حالة الحرب يبررها حق المقاتلين فى الدفاع عن أنفسهم وعن أمتهم وعقيدتهم، كما أن فرض عقوبة على المرتدين يجيزه فى نظرنا صلتهم بالعدو الأجنبى وعَدُّ تواطئهم معه خيانة عظمى وتهديدا للنظام العام فى الجماعـــة المســـلمة - فهو دفاع عن كيان الأمة ونظامها ضد الأعداء الخارجيين وأعوانهم وحلفائهم من الخونة.

كما قلنا أيضا إن جميع العقوبات المقدرة حدا أو قصاصا فرضتها الشريعة لحماية القـــيم الأساسية للمجتمع الإسلامى، سواء من الناحية الأخلاقية التى توجب صيانة الأعـــراض والأنســـاب بردع جرائم الزنا والقذف، أو من النواحى المالية فى جرائم السرقة، والحرابة التى يقصد منها عادة سرقة مغلظة لاقترانها بالعنف والتهديد .إلخ.

الأمر الثانى الذى راعاه المشرع فى أحكام جريمة الحرابة - والبغى كذلك فيما بعد - هـــو اتخـــاذ تدابير لتشجيع مرتكبيها على التوبة والعدول عن الاستمرار فيها لما يترتب على مواصلتها من مخاطر تهدد الآمنين والمسالمين من الناس.

❁ أحكام المتهمين بالحرابة والبغي قصد بها تمكينهم من التوبة والقضاء علي الفتن التي تضر المدنيين الذين لا ذنب لهم :

وقد بيَّن فى المتن كثيرا من أحكام التوبة وظروفها وآثارها – وسيكون تفصيلها فى القسم الخاص..

إن الشريعة تؤثر مرتكبى هاتين الجريمتين بتوفير أسباب التوبة ودعوهم إلى العودة إلى طريق الحوار والمصالحة لإعادة الأمن والأمان فى المجتمع ووقف الاتجاه نحو الاضطرابات سواء كان سببها مطامع ذاتية أو مادية كما فى الحرابة، أو كان سببها اعتبارات سياسية كما فى البغى، سواء كان خروجهم يستند إلى أسباب مشروعة أو مطامع عنصرية أو حزبية أو أنانية ذاتية، أو أفكار خاطئة، فكلها تسبب الفتن وتمزق المجتمع وتهدد أمن جمهور الناس وعامتهم ممن لا شأن لهم بالخلافات والخصومات التى تسبب الفتنة.

عوده ٣٨٠ ـ (خامسا) الباغي : الباغي هو من يعمل على تغيير نظام الحكم أو الحكام بالقوة، أو يمتنع عن الطاعة معتمدا على القوة. والبغي جريمة توجه ضد نظام الحكم والحكام، ولا توجه إلى النظام الاجتماعي. فإذا كانت الجريمة مقصودا بها النظام الاجتماعي فهي ليست بغيا، وإنما هي إفساد في الأرض. والنظام الاجتماعي الذي تقوم عليه الجماعة هو الإسلام وليس لها نظام غيره ...

ويشترط الفقهاء في جريمة البغي شروطا خاصة سبق أن ذكرناها[1] أهمها أن يكون البغاة متأولين وأن يكونوا ذوي شوكة ومنعة، وأن يبدءوا في تنفيذ غرضهم بالقوة، على رأي، أو أن يأخذوا في التجمع والامتناع بقصد تنفيذ غرضهم بالقوة ...

وإذا توافرت شروط جريمة البغي، وأهدر دم الباغي، فمن قتله فقد قتل شخصا مباح الدم، ولا عقوبة عليه ويظل دم الباغي مهدرا حتى تنتهي حالة البغي ...

ويختلف مذهب أبي حنيفة[2] عن غيره في أنه يهدر دمهم من وقت تجمعهم وامتناعهم ولو لم يبدءوا بالقتال أو الاعتداء. أما مالك والشافعي وأحمد، فيشترطون لإهدار دم البغاة أن يبدءوا بالقتال أو الاعتداء، والقاعدة عندهم أن الباغي لا يحل دمه غير حرب أو صيال[3]...

وقتال البغاة واجب في الشريعة لقوله ﷻ: ﴿فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله﴾ [الحجرات: ٩]. وهذا الواجب ملقى على عاتق كل فرد، فإذا خصصت السلطات العامة أشخاصا بأعيانهم لقتال البغاة، فإن هذا لايمنع غيرهم من أداء الواجب ولايسقطه عنهم ما دامت حالة البغي قائمة...

وليس للسلطات العامة أن تؤاخذ قاتل البغي على القتل؛ لأن الباغي مباح القتل، ولكن لهذه السلطات أن تعاقب القاتل باعتباره مفتاتا على السلطات العامة بشرط أن تكون السلطات قائمة بأداء هذا الواجب ومخصصة له من يقوم بأدائه ...

---

(١) راجع الفقرة رقم ٧٨...

(٢) البحر الرائق ج/٥ ص/ ١٤٢، بدائع الصنائع ج/٧ ص/٢٣٦، شرح القدير ج/٣ ص/ ٤١١.

(٣) مواهب الجليل ج/٦ ص/٢٧٨، المهذب ج/٢ ص/٢٣٦، الإقناع ج/٤ ص/٢٩٣ ...

❁ 380 – البغي يكون جريمة سياسية فقط إذا كان بناء على تأول رأي مستند إلى فهم معين للشريعة حتى ولو كان خاطئا :

تـــتميز جريمة البغى عن الحرابة فى أن لها أهدافا سياسية، ولذلك تعرضنا لها فيما سبق عند الكلام على ماقرره الفقه من أحكام خاصة لمرتكبى الجرائم السياسية.

وقد لاحظنا فيما سبق أن فقهاءنا يتكلمون دائما عن بغى الأفراد والجماعات التى تخـــرج عـــلى الحكومة القائمة أو تقاوم من يباشرون السلطة، ولا يتكلمون عن بغى مغتصـــبى السلطة الذين يستولون على الحكم بالقوة، ويفرضون سلطتهم بحد السيف أو قوة السلاح، ويمارسون أبشع صور البغى والظلم لضمان بقائهم فى السلطة – مع أن هـــذا الـــبغى يجب على الفقه أن يقرر أحكاما صريحة وواضحة لردعه، ومعاقبة المسئولين عنه كلما كان ذلك ممكنا.

وقـــد عللنا سكوقم بأنهم قصدوا عدم تطبيق أحكام الجريمة السياسية على بغى ذوى السلطان، بل تكون جريمتهم عادية هى الفساد فى الأرض، وتطبق عليها أحكام الجـــرائم العادية التى تقع منهم ومن أعوانهم – لكن هذا لايبرر عدم الكلام عن هذا النوع من الجرائم واستنباط أحكام خاصة بها، بل والعناية بتأصيلها وفرض العقوبات المناسبة لردع من يرتكبونها اعتمادا على عصبيتهم أو مناصبهم أو سلطاتهم.

ونكـــرر اعتراضنا على تفسيره للإهدار بأنه يبيح القتل دائما، ونعيد ما قلناه بأن الإباحـــة لا تكـــون إلا للمقاتلين المدافعين عن أرض الإسلام أو الخارجين على ذوى السلطان إذا عدَدْنا القتال ضدهم حربا أهلية بالمعنى العصرى، وتكون الإباحة للقضاء وحده فى غير هذه الحالات بالنسبة لمرتكبى جريمة عقوبتها حدية.

أما بالنسبة للأفراد، فإنهم إذا لم يكونوا مقاتلين فلا يباح لهم العدوان، وإنما يكون شـــبهة تسقط الحد ويكتفى بالتعزير، ومرونته تكفى للنزول بالجزاء إلى أدنى درجاته الـــتى يمكن عَدُّها خارجة عن نطاق العقاب الجنائى، مع ضرورة مراعاة حق الدفاع الشرعى.. كما أوضحناه فى كلامنا عن الحرابة.

وقد أشرنا من قبل إلى رأى الدكتور العوا بأنه لا توجد جريمة بغي، أو على الأقل أنها ليست عقوبتها حدية. وكل ما قدمه فقيهنا من دليل على وجود هذه الجريمة هو قوله تعالى: ﴿فقاتلوا التى تبغي﴾ [الحجرات: 9].

ويستفاد من النص أنه لابد أن يكون الحاكم الذى خرجوا عليه شرعيا، وإلا فإنه هو الباغي. وسيكون تفصيل ذلك فى القسم الخاص .

﴿عوده﴾ ٣٨١ـ (سادسا) مَن عليه القصاص: القصاص فى الشريعة هو العقوبة الأصلية للقتل والجرح العمد، ومعنى القصاص أن يعاقب الجانى بمثل فعله، والقصاص عقوبة مقدرة كما أنه عقوبة متلفة. ويقع القصاص على النفس وعلى ما دون النفس؛ فإذا وقع على النفس كان قتلا، وإذا وقع على ما دون النفس كان جرحا أو قطعا ...

ومن أتى فعلا يوجب القصاص يُعَدُّ مهدرا فيما أوجبه على نفسه بفعله؛ فإن وجب عليه القتل فهو مهدر الدم، وإن وجب عليه قطع طرف أو جارحة فهو مهدر فى طرفه أو جارحته التى وجب فيها القصاص ...

والإهدار فى القصاص إهدار نسبي، فلا يهدر الجانى إلا للمجنى عليه أو وليه، وفيما عدا ذلك فهو معصوم فى حق الكافة. وعلة نسبية الإهدار فى القصاص : أن القصاص حق لا واجب، فلا يهدر الجانى إلا لصاحب الحق إن شاء استعمله. فالقتل لا يبيح دم القاتل إلا لولى القتيل، فإذا جاء أجنبى فقتل القاتل ولو بعد الحكم عليه بالقصاص فقد ارتكب جريمة قتل متعمد لأنه قتل شخصا معصوم الدم فى حقه؛ ولأن من المحتمل أن يعفو ولى الدم عن المحكوم عليه فيمتنع تنفيذ الحكم. وهذا هو رأى جمهور الفقهاء[1] ...

والأصل فى الشريعة أن إقامة الحدود واستيفاء العقوبات للسلطان، ولا يستثنى من هذا الأصل إلا القصاص، فللمجنى عليه أو وليه أن يستوفى العقوبة بنفسه ...

ومن المتفق عليه أن لولى الدم أن يستوفى القصاص بنفسه فى القتل بعد الحكم بالعقوبة وتحديد ميعاد التنفيذ، بشرط أن يكون الاستيفاء تحت إشراف السلطان، وبشرط أن يكون ولى الدم قادرا على الاستيفاء ومحسنا له، فإن كان عاجزا عن الاستيفاء أو لا يحسنه جاز له أن يوكل من يتوافر فيه هذان الشرطان. وليس ثمة ما يمنع من أن يكون هذا الوكيل موظفا مخصصا لهذا الغرض...

أما القصاص فيما دون النفس، فمختلف عليه. فيرى مالك والشافعى – ورأيهما وجه فى مذهب أحمد أن المجنى عليه أو وليه ليس له أن يستوفى القصاص فيما دون النفس بأى حال سواء كان يحسن القصاص أو لا يحسنه؛ لأنه لا يؤمن مع قصد التشفى أن يحيف على الجانى أو يجنى عليه بما لا يمكن تلافيه، وإنما يتولى القصاص من

---

(١) المغنى ج / ٩ ص / ٣٥٦ ...

 يحسنه من الخبراء. ويقول مالك فى هذا "أحب إلى أن يولى الإمام على الجراح رجلين عدلين، فإن لم يجد إلا واحدا فأرى ذلك مجزئا إن كان عدلا ..."[1].

ويرى أبو حنيفة – ورأيه وجه فى مذهب أحمد – أن للمجنى عليه أن يستوفى القصاص بنفسه فيما دون النفس؛ لأنه حقه فله استيفاؤه بنفسه كسائر الحقوق مادام يحسنه، فإن لم يكن يحسنه فله أن يوكل عنه خبيرا بالقصاص. والقائلون بهذا الرأى فى مذهب أحمد لا يرون مانعا من تعيين رجل خبير بالقصاص بأجر من بيت المال تكون مهمته أن يستوفى نيابة عمن لا يحسنون الاستيفاء[2]...

والأصل فى تقرير حق القصاص للمجنى عليه أو وليه قول الله ﷻ : ﴿ومن قُتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف فى القتل﴾ [الإسراء :٣٣]. والمفروض أن مستحق القصاص ليس له أن يستعمل حقه إلا بعد الحكم بالعقوبة، وفى الوقت المحدد للتنفيذ ...

وفى الوقت الذى منحت فيه الشريعة ولى الدم حق القصاص، فإنها منحته حقا آخر هو حق العفو عن القصاص، وجعلت له أن يعفو على مال أو مجانا؛ فإذا عفا امتنع القصاص وكان للسلطات العامة أن تعاقب الجانى بما تراه من عقوبة أخرى دون القتل ...

وقد حرضت الشريعة ولى الدم على العفو بمختلف الأساليب، فجعلت للعافى أن يعفو على مال يأخذه، ووعدته بالثواب فى الآخرة وبرضاء الله جل شأنه. من ذلك قوله ﷻ : ﴿فمن عفا وأصلح فأجره على الله﴾ [الشورى: ٤٠]، وعَدَّت الشريعة العفو رحمة من الله للناس، وذلك قوله تعالى: ﴿فمن عُفى له من أخيه شىء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة﴾ [البقرة: ١٧٨].

ويؤثر عن الرسول ﷺ فيما روى عنه أنس أنه ما رفع إليه أمر فيه القصاص إلا أمر فيه بالعفو ...

وقد يحسب البعض أن تقرير حق القصاص لولى الدم إنما هو إقرار للعادات الأولية التى كانت سائدة فى الشعوب الهمجية، ولكنها فكرة خاطئة لا تقوم على أساس

---

(١) مواهب الجليل ج/٦ ص/٢٥٣، ٢٥٤، المهذب ج/٢ ص/١٩٧، الشرح الكبير ج/٩ ص/٣٩٩...

(٢) بدائع الصنائع ج/٧ ص/٢٤٦، الشرح الكبير ج/٩ ص/٣٩٨، ٣٩٩...

‹عوده› صــحيح، فإن الشريعة حين قررت هذا الحق لولى الدم لم تكن تقر عادات سائدة كما يظن البعض، وإنما كانت تنظر قبل كل شيء إلى طبيعة البشر وغرائزهم، وإلى مصــلحة الأفراد والجماعة، شأنها فى كل ما جاءت به من مبادئ وما قررته من حقوق أو فرضته من واجبات ...

وليــس ثمة من ينكر أن حب الانتقام طبيعة فى الإنسان، وأنه مهما تثقفت طباعه وهذبــت غرائزه، فإنه يفضل أن ينتقم بيده لنفسه على أن يكون الانتقام بيد غيره. وليس أيضا من يجادل فى أن الإنسان بطبعه يكون أقرب للعفو عن حقه بنية صحيحة كلما كان قادرا على الوصول لحقه لا يمنعه عنه مانع...

ومن المبادئ المسلم بها أن تقرير القصاص عقوبة للقتل من مصلحة الجماعة؛ لأن القتل أنفى للقتل؛ ولأن فى القصاص حياة. ومن المبادئ المسلم بها أيضا أن العفو عن القصاص بنية صحيحة يؤدى إلى حفظ الأمن وصيانة الدماء وتقليل الجرائم ...

على أساس الطبيعة البشرية وعلى أساس هذه المبادئ السليمة المسلم بها، قررت الشــريعة حــق ولى الدم فى أن يقتص بنفسه، لترضى بذلك نزعة الانتقام الكامنة فى أغواره، ولتحول بينه وبين أن يأخذ حقه بيده قبل المحاكمة أو قبل الموعد المحدد لتنفيذ العقوبــة، أو أن يــرى العقوبة التى تنفذها السلطات العامة غير كافية لشفاء نفسه فيحاول أن ينتقم من أهل القاتل ...

وعــلى نفــس الأسس جعلت الشريعة لولى الدم أن يقتص أو أن يعفو. فبعد أن مكنته من القصاص كل التمكين، وسلطته على الجانى إلى هذا الحد، حببت إليه العفو، ودعــته إليه وأغرته به من الناحية المادية فجعلت له أن يعفو على مال، وأغرته به من الناحية المعنوية فوعدته رضاء الله وحسن ثواب الآخرة، حتى إذا ما عفا بعد هذا كله فقــد عفا بنية صحيحة، وانمحت السخائم والحزازات وحل الوئام محل الخصام، وهو العامل الفعال فى حفظ الأمن وإقرار النظام بين الجماعات، وللسلطة العامة بعد ذلك أن تعاقب القاتل بما تراه ملائما من العقوبات بشرط ألا تصل إلى القتل ...

فالشريعة إذن قصدت من إعطاء ولى الدم حق القصاص إصلاح النفوس وإحلال الوئــام محل الخصام، وحفظ الأمن والنظام، وتقليل الجرائم، وحمل الناس على احترام الأحكــام، ومنعهم من التفكير فى الانتقام لأنفسهم وأهليهم، كما أنها قصدت فوق هذا كله حفظ الدماء والأرواح وعدم الإسراف فى عقوبة الإعدام بقدر الإمكان...

<عوده> وحـــق القصاص حق لا يتجزأ. أما حق العفو فحق قابل للتجزئة، وهذا هو رأى أبي حنيفة والشافعي وأحمد. ويترتب على هذا الرأى أنه لو عفا أحد أولياء الدم ســقط حق الباقين فى القصاص. ولكن مالكا يرى أن حق العفو حق لا يقبل التجزئة أيضا ويترتب على ذلك أن العفو لا يكون له أثر ما لم يكن من جميع أولياء الدم، فإذا عفا أحدهم كان للآخر أن يقتص ...

وأبسط الصور فى استعمال حق القصاص أن يحكم على الجانى بالعقوبة، فإذا حان موعـــد التـــنفيذ، نفذ ولى الدم العقوبة أو وكل غيره فى تنفيذها. ومن المسلم به ألا مسئولية على ولى الدم فى هذه الحالة، وأن فعله ليس جريمة؛ لأنه يستعمل حقا قرره له الشارع ...

لكـــن يحدث أن تتملك الرعونة ولى الدم فيقتص قبل الحكم على الجاني، أو بعد الحكم، وقبل ميعاد التنفيذ. كذلك يحدث أن يعفو ولى الدم عن القصاص تحت بعض المؤثـــرات ثم يعود فيرى القصاص خيرا له فيقتص بعد العفو. وقد يعفو بعض الأولياء بينما يقتص البعض الآخر، وقد يسارع بعض الأولياء بالقصاص قبل أخذ رأى الباقين وفيهـــم من يرى العفو. فهل يُعَدّ مباشر القصاص فى هذه الحالات مستعملا حقا، أو مرتكبا لجريمة ؟ وهل يعفى من العقوبة أم يؤاخذ على فعله ؟ ذلك ما سنبينه فيما يلى مبتدئين أولا بحكم هذه الحالات فى القتل ذاكرين بعد ذلك حكمها فيما دون القتل.

❁ 381 – جرائم القصاص لا تبيح دم المتهم بها دون رفع الأمر للقضاء وتقديم الأدلة الشرعية – وللقضاء وحده فحص هذه الأدلة :

لقـــد جارى أقوال الفقهاء الذين يقولون بأن المجنى عليه أو ولى دمه له أن يستوفى العقوبـــة بنفســـه، لكنه أضاف أن مستحق القصاص ليس له أن يستعمل "حقه" فى استيفاء القصاص إلا بعد الحكم بالعقوبة وفى الوقت المحدد للتنفيذ...

معنى ذلك أنه لا بد من محاكمة شرعية وحكم قضائى – وهذا ما نقول به دائما. كـــل ما هنالك أنه بعد الحكم يرى فقيهنا أنه يمكن أن يكون تنفيذ الحكم بيد المجنى عـــليه أو ولى الـــدم. ومعنى ذلك أنه يقوم بذلك بأمر القاضي وتنفيذا لحكم قضائي وإشراف من القاضى. وليس استعمالا لحقه الشخصى فى توقيع العقاب. ولا نعترض عـــلى ذلك بشرط أن يكون ذلك جوازيا للقاضى إذا رأى مصلحة فى ذلك. ولكننا نصر على اعتراضنا على القول بأن الدعوى الجنائية فى جرائم القصاص ملك للمجنى عليه أو ولى الدم؛ لأن الأصل فى الدعوى الجنائية أنها دعوى تعزير وهى دعوى عامة ولا شأن للمجنى عليه أو ولى الدم بها، وكل ما له هو حق المطالبة بالقصاص بدلا من التعزير أو العفو عن القصاص دون التعزير وهذا هو الحق الخاص به – لكن لا حق له فى منع التعزير الذى هو الأصل فى نظرنا.

ويسرنا أنه أشار إلى أن الشريعة تشجع ولى الدم أو المجنى عليه على العفو وتيسر لـــه ســـبله – ونرى أنها إنما تعطيه حق المطالبة بالقصاص كترضية أدبية لتهدئة نفسه وإذابـــة لرغبته فى الانتقام، وكذلك لإعطاء المتهم فرصة لاسترضائه والحصول على العفو منه مقابل التعويض المناسب.

لكن العفو لا يمنع التعزير، وإن كان له بلا شك أثره فى مقدار الجزاء بل أيضا فى طبيعـــته؛ لأن التعزير كما قلنا لا يجوز حصره فى دائرة العقوبات الجنائية بل إنه يضم تدابـــير ذات طبيعة متنوعة تتسع لجزاءات تأديبية وتهذيبية وعبادات تفتح باب التوبة والعودة إلى طريق الاستقامة والإصلاح، ولا تنحصر فى الجزاء الجنائى.

﴿عوده﴾ ٣٨٢ـ أولا ... حكم قتل الجانى :

(أ) القـــتل قبل الحكم أو قبل موعد التنفيذ : إذا قتل ولى الدم الجانى المستحق للقتل قصاصـــا، فسواء قتله قبل الحكم أو بعده، وقبل ميعاد التنفيذ فلا عقوبة عليه للقتل؛ لأنه أتى فعلا مباحا له ومارس حقا قرره له الشارع، ولكنه يعاقب على تسرعه وممارسته حقه قـــبل حلول الوقت المناسب، وعلى افتياته على السلطات العامة التى جعلت لممارسة حق القصاص وقتا معينا، وللسلطات العامة أن تعاقبه على هذا الافتيات بالعقوبة التعزيرية التى تراها مناسبة[1] ...

ويشترط فى حالة القتل قبل صدور الحكم بالقصاص أن يثبت القتل على الجاني، فإن لم يثبت عُدَّ ولى الدم قاتلا متعمدا ...

وظاهـــر مما سبق أنه لا فرق بين القتل قبل الحكم أو بعده ما دامت الجريمة ثابتة عـــلى الجـــاني، وعلة ذلك أن حق ولى الدم فى القصاص يتولد بمجرد ارتكاب جريمة القتل، لا من وقت الحكم بالقصاص، فولى الدم حين يقتل الجانى قبل الحكم عليه إنما يستعمل حقه فى القصاص الذى ثبت له من وقت ارتكاب الجانى جريمة القتل ...

والمفـــروض فى المسألة أن ولى الدم واحد، أو أنهم متفقون إذا كانوا كثيرين على قتل الجاني، أو ليس فيهم من يرى العفو عنه ...

(ب) القتل بعد العفو : يرى أبو حنيفة والشافعى وأحمد أن عفو بعض الأولياء أو كلهم يسقط القصاص؛ لأن القصاص لا يتجزأ، فإذا عفا أحدهم أو بعضهم فقد عفا عن بعض القصاص، ولا يمكن إحياء بعض الشخص وقتل بعضه، وعلى هذا إذا قتل الجـــانى مـــن لم يعف من الأولياء وهو عالم بعفو غيره فقد ارتكب جريمة قتل عقوبتها القصـــاص عند أبي حنيفة وأحمد. أما الشافعى فيفرق بين حالتين : أولاهما حالة ما إذا كـــان القـــتل بعد أن أقر القضاء العفو وحكم بسقوط القود، وفى هذه الحالة يرى وجوب القصاص، وثانيتهما :إذا كان القتل قبل أن يحكم بسقوط القود، وحكم هذه

---

(١) مواهب الجيل ج/٦ ص/٢٣٣، شرح البهجة ج/٥ ص/٣...

<عوده> الحالة هو حكم القتل قبل استئذان بقية الأولياء يرى فيها البعض القصاص ويرى فيها البعض الدية[1] ...

فإذا قتل ولى الدم الجانى بعد العفو وكان لا يعلم بالعفو فهو مسئول عن القتل، ولكن جهله بالعفو يدرأ عنه القصاص، وتكون العقوبة الدية فى رأى أبى حنيفة وأحمد. وفى مذهب الشافعى رأيان: رأى يقول بالقصاص، ورأى يقول بالدية. وحجة القائلين بالقصاص أن حق القصاص يسقط بالعفو فكان عليه أن يتأكد من بقاء حقه قبل استعماله. وحجة القائلين بالدية أن حق ولى الدم ثابت فى القصاص والأصل بقاؤه، فإن قتله وهو يعلم بالعفو معتقدا بقاء حقه فى القصاص فإن ذلك يكون شبهة تدرأ الحد ..

أما مالك فيرى أن العفو لا يتجزأ، وأن العفو لا يُعَدّ موجودا إلا إذا كان من كل أولياء الدم المستحقين للقصاص، فإن عفا أحدهم فإن عفوه لا يسقط حق الآخرين فى القصاص فإذا اقتص أحدهم بعد عفو غيره من الأولياء الباقين فلا مسئولية عليه؛ لأن عفو هؤلاء غير معتبر ولا أثر له على حق القصاص، ولكن هذا لا يمنع من تعزير المقتص إذا كان فى عمله افتيات على السلطات العامة[2]...

(ج) القتل قبل استئذان باقى الأولياء : إذا قتل الجانى أحد الأولياء أو بعضهم قبل استئذان باقى الأولياء، فالولى أو الأولياء القاتلون مسئولون جنائيا عن القتل، وهذا متفق عليه بين الفقهاء عدا مالك، وإن كانوا قد اختلفوا فى عقوبة الولى القاتل. فأبو حنيفة وأحمد لا يريان الاقتصاص من القاتل؛ لأن من حقه أن يتلف بعض القتيل، فكان هذا شبهة تدرأ القصاص، وتوجب الدية بدلا منه، ويتفق هذا الرأى مع الرأى الراجح فى مذهب الشافعي. أما الرأى المرجوح فى مذهب الشافعي، فيرى أصحابه أن يقتص من الولي؛ لأن بعض القاتل غير مستحق له قياسا على ما إذا اشترك جماعة فى قتل واحد فإن الشريك لا يقتل إلا بعض المقتول ومع ذلك يقتص منه. ويرد أصحاب الرأى المضاد بأن هذا القياس غير صحيح؛ لأن الشريك لا يقتص منه لإتلاف بعض المقتول، وإنما لأنه أتلفه كله، ويرى البعض القصاص من الولي؛ لأنه أتلف كل القاتل وهو لا يستحق منه شيئا إذ

---

(١) بدائع الصنائع ج/٧ ص/٢٤٨، تحفة المحتاج ج/٤ ص/٢٦، المهذب ج/٢ ص/١٩٧، المغنى ج/٩ ص/٤٦٥، ٤٦٦ ...

(٢) المغنى ج/٩ ص:٤٦٦...

 لا يستحق بعضه إلا إذا أصبح كله مستحقا بموافقة بقية الأولياء، فإذا لم يوافق أحد الأولياء فقد امتنع استحقاق كل القاتل أو بعضه؛ لأن القصاص لايتجزأ فمن قتل القاتل فقد أتلفه كله دون أن يستحق فيه شيئا؛ لأن عدم الإذن منع من استحقاق كله، ومن لا يستحق كله لا يستحق بعضه[1]...

أما مالك فلا يرى عقوبة القاتل أصلا؛ لأنه فعل حقه وحقه القصاص[2]. وأساس رأى الفقهاء الثلاثة أن استئذان بقية الأولياء ضروري؛ لأن أحدهم قد يعفو. أما رأى مالك فأساسه أن عفو البعض دون البعض لا يسقط القصاص وأن القصاص لا يسقط إلا بعفو كل الأولياء المستحقين للقصاص، ولهذا كان القاتل مستعملا حقه فى القصاص.

(د) القتل من العافى : إذا كان القاتل هو نفس العافى فهو مسئول عن فعله، ويُعَدُّ قاتلا عمدا باتفاق[3] وعقوبته القصاص سواء عفا مجانا أو على مال[4]؛ لأن الجانى بالعفو عنه صار معصوم الدم ...

(هـ) إتلاف جوارح القاتل : وإذا أتلف ولى الدم جارحة أو عضوا من الجانى ثم عفا عنه ولم يقتله. مثل أن يقطع أطرافه أو بعضها فعليه دية ما أتلف فى رأى أبى حنيفة وأحمد؛ لأنه قطع طرفا له قيمة حال القطع بغير حق؛ ولأنه كما يقول أبو حنيفة استوفى غير حقه فهو مسئول عما استوفاه بغير حق؛ لأن حقه فى القتل لا فى القطع، وكان القياس أن يقتص منه إلا أن القصاص درئ للشبهة (شبهة أن له تلف الطرف تبعا للنفس). وإذا درئ القصاص وجبت الدية، ولكن حقه فى الطرف لا يثبت إلا مع ثبوت القتل ضرورة، وهذه الضرورة تتحقق عند التنفيذ بالقتل لا قبل ذلك، فإذا قتل ظهر حقه فى الأطراف تبعا، وإن لم يقتل لم يظهر حقه فى الطرف لا أصلا ولا تبعا، ومن هذا يتبين أنه استوفى غير حقه[5]...

---

(1) بدائع الصنائع ج/٧ ص/٢٤٣، المهذب ج/٢ ص/١٩٧، الشرح الكبير ج/٩ ص/ ٣٨٦ : ٣٨٧ ...

(2) الشرح الكبير للدردير ج/٤ ص/ ٢١٢ ...

(3) المقصود بالاتفاق اتفاق الأئمة الأربعة، ولكن هناك من يرى غير رأيهم. فالحسن يرى أن تؤخذ من القاتل الدية وعمر بن عبد العزيز يرى تعزير القاتل.

(4) بدائع الصنائع ج/٧ ص/٢٤٧، حاشية الطهطاوى ج/٤ ص/٧٥٨، المهذب ج/٢ ص/١٩٧، نهاية المحتاج ج/٧ ص/٢٨٦، المغنى ج/٩ ص/٤٦١، الشرح الكبير ج/٩ ص/٣٩١ ...

(5) المغنى ج/٩ ص/ ٣٩١، البحر الرائق ج/٨ ص/٣١٩ : ٣٢٠...

﴿عوده﴾ ويــرى الشـــافعى ومعه أبو يوسف ومحمد من فقهاء المذهب الحنفى أن من يتلف جارحة أو عضوا من الجانى لايسأل جنائيا إذا عفا عن القتل، ويعزر إذا لم يعف عـــن القـــتل عقوبة له على أنه مثل به قبل قتله، وحجتهم فى عدم المسئولية فى حالة العفو أنه قطع طرفا أو أطرافا من جملة استحق إتلافها، ومن له إتلاف الكل لا يصح أن يؤاخذ على إتلاف البعض[1] ...

ويــرى مالك مسئولية الولى إذا أتلف جارحة أو قطع عضوا من الجانى سواء عفا عـــن القـــتل أو لم يعف، وعليه فى ذلك القصاص؛ لأن الجانى يستقاد له منه وتعقل جراحاته ما لم يقتل[2] ...

٣٨٣ـ *ثانيا ... حكم ما دون القتل* : إذا وجب على الجانى قصاص متلف فيما دون النفس كقطع إصبع أو يد أو أذن كان الجانى غير معصوم بالنسبة لمستحق القصاص فى حدود مايستحقه فقط، فليس لمستحق القصاص أن يقطع غير العضو المماثل، فإن فعل فهـــو قاطع عمدا، وإن قطع العضو المماثل فلا يسأل عن القطع، وإنما يسأل عن افتياته عـــلى الســـلطات العامة وتعجله بالقصاص، أما لو كان القاطع أجنبيا فهو مسئول عن القطع؛ لأن الجانى معصوم فى حقه ولم يهدر إلا للمجنى عليه أو وليه

وإذا قطع المستحق طرفا من الجانى فى الوقت المعين للقصاص أو قبله فسرى القطع إلى النفس ومات الجانى منه فلا يسأل المستحق عن الموت؛ لأنه نشأ عن فعل مباح هو استعمال حق القصاص، وهذا هو رأى الشافعى وأحمد وأبى يوسف ومحمد من فقهاء المذهب الحنفي، وحجتهم أن الموت نشأ عن فعل مأذون فيه ولا يُعَدّ جريمة، وما تولد عـــن مباح فهو مباح، فضلا عن أن تنفيذ العقوبة ضرورة لا بد منها، فلو حمل منفذ العقوبـــة النـــتائج التى تتولد عن فعله لتعطل تنفيذ العقوبات، أما أبو حنيفة فيرى أن المستحق يسأل عن الموت بحُسبانه قاتلا شبه متعمد، وحجته أن الفعل المأذون فيه هو القطع وهو حقه ولكنه استوفى أكثر من حقه وجاء بالقتل فعليه مسئولية[3]...

---

(١) المهذب ج/٢ ص/ ٢٠٢، بدائع الصنائع ج/٧ ص/ ٣٠٤...

(٢) مواهب الجليل ج/٦ ص/٣٢٥، المدونة ج/١٦ ص/٢٢٢، المغنى ج/٩ ص/٢٩١ ...

(٣) المغنى ج /٩ ص /٤٤٣، المهذب ج/٢ ص/٢٠٠، تحفة المحتاج ج/٤٠ ص/٢٧، بدائع الصنائع ج/٧ ص/٣٠٥ ...

﴿عوده﴾ أما مالك، فهو وإن كان يرى منع المستحق من أن يقتص فى الأطراف لنفسه إلا أنه يمنعه للمصلحة العامة، مع التسليم بأنه صاحب حق فى القصاص. والمبدأ العام عند مالك أن سراية القود غير مضمونة، أى لا يترتب عليها مسئولية جنائية. وعلى هـذا، فـإذا اقتص شخص لنفسه فى طرف فسرى إلى النفس فلا مسئولية عليه عن السراية، ولكنه مسئول لافتياته على السلطات العامة[1]...

٣٨٤ـ (سابعا)... *السارق* : كل من ارتكب سرقة يجب فيها القطع يُعَدّ غير معصوم بالنسبة للعضو الذى يجب قطعه، أما ما عدا ذلك من الأعضاء فتظل على عصمتها. وعلة الإهدار أن القطع عقوبة متلفة وهى حد يجب أن يقام وليس فيه عفو ولا تخيير، ولهـذا كان القطع واجبا لاحقا، وهو واجب على كل فرد وإن تكفلت السلطات العامة بإقامته، ولا يسقط هذا الواجب إلا بأدائه فعلا ...

ويترتب على ما سبق أنه لو عدا إنسان على السارق بقطع يده أو رجله التى يجب قطعها فإنه لا يعاقب على القطع؛ لأنه قطع عضوا غير معصوم وأدى واجبا تفرضه الشريعة عليه. فإذا كانت السلطات العامة قد تكفلت بأداء هذا الواجب فيعاقب القاطع لافتياته على السلطات العامة ولكنه لا يعاقب على القطع فى ذاته. ولكن لا يجوز للسلطات العامة أن تعاقب القاطع بحُسبانه مفتاتا إلا إذا كانت قائمة بأداء الواجب[2] .

وإذا كان القطع قبل ثبوت السرقة، فلا يسأل القاطع عن القطع إذا أثبت السرقة بعد ذلك، أما إذا لم تثبت السرقة فهو مسئول عن القطع[3]...

وإذا سرى القطع إلى النفس فمات السارق فلا يسأل القاطع عن الموت، إلا إذا كان مسئولا عن القطع، فإن كان مسئولا عن القطع فهو مسئول عن قتله عمدا، وإن لم يكن فلا مسئولية لأن الموت تولد عن قطع واجب والواجب لا يتقيد بشرط السلامة ...

---

(١) بداية المجتهد ج/٣ ص/٣٤٢، المغنى ج/٩ ص/٤٤٣، مواهب الجليل ج/٦ ص/٢٥٣...

(٢) مواهب الجليل ج/٦ ص/٣٢١، نهاية المحتاج ج/٧ ص/٢٥٤...

(٣) المغنى ج/١٠ ص/٢٦٩، ٢٧٠، البحر الرائق ج/٥ ص /٦٢ ...

<عوده> والفـــرق بـــين هذه الحالة وحالة القصاص عند أبى حنيفة أن القصاص حق للمقـــتص وليس واجبا عليه، وهو مخير فى حقه إن شاء عفا وإن شاء اقتص، بل هو مـــندوب إلى العفو فضلا عن أن استعمال الحق عند أبى حنيفة مقيد بشرط السلامة. أمـــا القطع للسرقة فواجب لأنه حد، وإقامة الحد واجبة على كل فرد، ولو أن نائب الجماعة مخصص بإقامتها فضلا عن أن الضرورة تقتضى التسامح فيما ينشأ عن تنفيذ الحد حتى لا تتعطل إقامة الحدود[1] ...

ويشترط الشافعية فى القاطع أن لا يكون مهدرا، تطبيقا لقاعدهم الخاصة وهى أن غـــير المعصوم معصوم على أنداده، وهى قاعدة لايطبقها إلا الشافعيون. ويرى بعض الشـــافعية أن الســـارق معصوم إلا على المجنى عليه فى السرقة، ويَعُدُّون القطع حقا للمجنى عليه وهو رأى مرجوح[2] ...

(١) بدائع الصنائع ج/٧ ص/٣٠٥، البحر الرائق ج/٨ ص/٣١٩ ...

(٢) شرح البهجة ج/٥ ص / ٣ ...

۞ 384 - جريمة السرقة لا تجيز للفرد تطبيق الحد بحجة عدم قيام السلطة العامة بذلك :

كنا نفضل أن توضع جريمة السرقة مع غيرها من جرائم الحدود – قبل جرائم القصاص – لأن كل ما قلناه بشأنها يطبق فى هذه الحالة.

ونلاحــظ أنه بعد أن قال بأن قطع يد السارق واجب على كل فرد (وليس مجرد حــق فقــط) يضــيف بأن السلطات العامة (وهى القضاء الشرعى) هى التى تتكفل بإقامـــته. ونحــن نضيف أنها هى وحدها عليها هذا الواجب ولها هذا الحق، وأن حق الأفراد مقصور على الالتجاء إليها ومطالبتها بإقامة الحدود.وغياب القضاء أو السلطة العامــة الشــرعية التى تقيم الحدود لا يجيز فى نظرنا لنا أن نفتح الباب أمام كل فرد ليدَّعــى لنفســه ســلطة القضاء والحكم؛ بل كل ما يوجبه علينا هو مطالبة الأفراد بالســعى الجدى والعمل الجماعى لإقامة سلطة قضائية شرعية، ومن واجبنا كفقهاء وعلماء أن نرسم لهم الطريق الشرعى الذى يجب عليهم السير فيه للقيام بهذا الواجب فى إقامة حكم قضائى شرعى ودولة تنفذ حكمه وتلتزم به، بدلا من أن نفتح لكل فرد الباب ليدَّعى لنفسه سلطة القضاء وإقامة الحدود بحجة عدم وجود قضاء شرعى، أو أن القضــاء موجــود ولكن السلطة السياسية حرمته من مباشرة اختصاصه فى إقامة الحدود أو فى تطبيق أحكام الشريعة.

وقــد أشار الأستاذ الشيخ / محمد أبو زهرة فى كتابه عن "العقوبة" إلى رأى أبداه بعض الباحثين حول تفسير النص القرآنى بعقوبة السرقة، وعلى الرغم من أنه لم يقره فإنه استعرض أدلته تفصيلا كما يلى :

أن الله تعالى عبَّر عن الذى يسرق، ووجب حد السرقة عليه وهو قطع يده بقوله : ﴿والســارق والســارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله﴾[1]، فجاء بعض الذين يبحثون[2] وقال إن كلمة السارق وكلمة السارقة وصفان لا فعلان، والوصف لا يتحقق فى الشخص إلا بالتكرار، فلا يقال لمن ظهرمنه الجود مرة إنه جواد، ولا لمن وقع منه الكذب مرة إنه كذاب، ولا للفاسق الذى لا يقول الحق أو المنافق الذى يخفى ما لا

(1) سورة المائدة الآية (38) .

(2) أحكام القرآن ج 2 ص 416 طبعة إستانبول .

يبديه إذا صدق مرة إنه صادق أو صدوق، إنما تقال هذه الأوصاف لمن يتكرر منه فعلها حتى تكون اسما له وعنوانا يعرف به.

وبتطبيق هذا على كلمة السارق والسارقة يكون المستحق للقطع هو ما صار هذا وصفا له، ولا يكون ذلك إلا بتكرار الارتكاب، ولا يكون بالفعل مرة واحدة. وعلى حد تعبير القانونيين يكون ذلك العقاب للسارق العائد[1] .

ويزكى هؤلاء الباحثون نظرهم بما يأتى[2]:

(أ) أن الله تعالى قال عقب آية السرقة والقطع: ﴿فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فإن الله يتوب عليه إن الله غفور رحيم﴾،[3] وأن ذكر التوبة بعد الظلم ممن سرق لا يكون له محل فى الظاهر إلا إذا كان العقاب لم يقع، ولذا قال بعض الفقهاء إن التوبة تكون مانعة للقطع إذا كانت قبل القطع، وإن كان هؤلاء الباحثون ليسوا الكثرة، بل إنهم عدد ضئيل ربما لا يؤبه له. ولكن ظاهر الآية يقرب منه الفعل، بل إنها تكون لمن يرتكب الفعل بجهالة، ولذلك يقول الله تعالى: ﴿إنما التوبة على الله للذين يعملون السوء بجهالة ثم يتوبون من قريب﴾.[4] وبهذا الفهم يكون المعنى أن القطع لا يكون بمن فعل مرة وتاب، ولكن للمتكرر منه الفعل.

(ب) وقد ثبت فى أخبار المخزومية التى سرقت، وأمر النبى صلى الله عليه وسلم بقطع يدها أنها كانت معتادة السرقة، لأنها كانت معروفة بأنها لا ترد الودائع التى تودعها، ولا العوارى التى تستعيرها، حتى ظن بعض الحنابلة أن سرقتها كانت من هذا القبيل، ولكن الأكثرين أو جمهور الفقهاء على أن سرقتها لم تكن من هذا النوع، بل كانت الأخذ خفية من مال مملوك من حرز مثله. ولكن من المؤكد أن المرأة كانت معروفة بذلك، ومن كانت كذلك تعد السرقة وصفا لها. والمخزومية هذه هى التى أهم

---

(1) لقد أشار إلى هذا بعض الذين تكلموا فى التشريع الجنائى الإسلامى فى إحدى ندوات الإذاعة المرئية.

(2) وقد تبنى هذا الرأى مشروع القانون الذى قدمه لمجلس الشعب، وقد أعده نائب قنا الأستاذ إسماعيل على معتوق (1976 – 1977) وقد استند إلى الحجج التى عرضها الأستاذ الشيخ أبو زهرة .

(3) سورة المائدة الآية (39).

(4) سورة النساء الآية (17).

❁ رأى الشيخ محمد أبو زهرة :

قريشـــا أن يقطـــع النبى يدها، فتوسلوا إليه بالشفعاء، فوقف خطيبا: "ما بال أقوام يتشفعون فى حد من حدود الله، إنما أهلك الذين من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه، وإذا سرق الضعيف قطعوه، وايم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطع محمد يدها".

(ج) أنه قد روى عن عمر بن الخطاب –رضى الله عنه– أنه لما أراد قطع يد شاب سرق، قالت له أمه : اعف عنه يا أمير المؤمنين، فإن هذه أول مرة. فقال عمر لها : إن الله أرحـــم من أن يكشف ستر عبده لأول مرة. ويظهر أن الإمام عمر رضى الله عنه يرى أن القبض على السارق متلبسا، أو وجود شهود يشهدون، يدل على التكرار.

أما رأى الشيخ أبو زهرة فى هذا التفسير فقد عرضه كما يلى :

هذا نظر بعض الباحثين فى عصرنا، ولكن يعارضه أن الآثار الواردة لم يكن فيها ما يشـــير إلى وجوب التكرار لإقامة الحد، وأن سارق الرداء الذى يقطع يده النبى صلى الله عليه وسلم لم يسأله أسبق منه ذلك أم لم يسبق، إلا أن يقال إن سرقة الرداء كانت وصاحبه بالمسجد قد وضعه فى مثل حرز، فالسرقة فى هذا المكان وفى مثل هذه الحال لا تكون إلا ممن تكررت منه السرقة.

ويـــرد هـــذا النظر أيضا أن فقهاء المسلمين أجمعوا على أن القطع لأول مرة، ولم يعرف مخالف لهذا من عصر النبى إلى الآن إلا تلك الرواية عن عمر رضى الله عنه التى لم يكن فيها تصريح باشتراط التكرار وأن الإجماع حجة.

ونذكـــر هـــنا كلمة نهمس بها، وهى أن الحدود غير مطبقة فلا يصح أن يخالف الإجماع ونوهن أقوال الفقهاء فى أمر غير مطبق[1].

وهـــذه الجمـــلة الأخـــيرة تـــدل على أنه لم يشأ أن يقفل باب مناقشة مثل هذه التفسيرات قبل أن يستقر مبدأ تطبيق الحدود.

---

(1) يراجع البند 94 ص 121 من كتابه المشار إليه.

❁ احتياط الفقه لتضييق نطاق عقوبة السرقة الحدية :

والذى يهمنا فى هذا الموضوع هو ما قاله بشأن الصفة الاستثنائية لحد السرقة، وهذه هى عبارته :

"الأمر الذى يجب أن نلاحظه هو أن الفقهاء احتاطوا كل الاحتياط أن تقطع الأيدى، احتاطوا عليها فى اشتراط الحرز، فشددوا فى اشتراطه، وضيقوا فى معنى السرقة بسببه حتى إنهم منعوا قطع يد الضيف إذا سرق من مضيفه، وحافظوا على الأيدى فى اشتراط الملكية التامة، كما اشترطوا الحرز التام غير الناقص، واشترطوا فى الأموال التى تسرق أن تؤخذ وتنقل من حيز إلى حيز، بأن تنتقل من حرز مثلها إلى يد السارق (أى إلى حيازته). بل من الفقهاء من اشترطوا فى الأموال المسروقة ألا تكون مما يتسارع إليه الفساد، فمالك والحنفية والثورى لم يقطعوا لذلك، والشافعى وأحمد أجازوا القطع، وعلى هذا الخلاف اللحم والفاكهة الرطبة واللبن. ومن الفقهاء من اشترطوا فى الأموال المسروقة ألا تكون مباحة الأصل، والإحراز وحده هو الذى أثبت ملكيتها، كالطير بعد صيده، والسمك كذلك، والجواهر واللآلئ بعد الاستيلاء، وذلك ممن اصطاد واستولى بالفعل، لا ممن تلقى الملك عن هؤلاء، فقد قال أبو حنيفة وأصحابه وأحمد، لا قطع فى ذلك، لأن الشركة الطبيعية فى هذه الأشياء المباحة لا تزال آثارها ثابتة، وقال الشافعى ومالك وجب القطع لأن الملكية الخاصة استقرت، وقد زالت الشركة العامة بالصيد والاستيلاء.

ومنهم من قال إنه لا سرقة فى الأموال التى تكون منفعتها عامة، وإن كانت فى ملك خاص، كالمصاحف ونحوها، مما يكون الانتفاع بها قربة يتقرب بها إلى الله تعالى.

وإن الذى نستنبطه من هذا كله ثلاثة أمور يجب أن توضع فى الاعتبار :

أولها : أن الفقهاء ضيقوا فى دائرة السرقات التى تقطع بها الأيدى صيانة لجسم الإنسان من التشويه ما أمكن، إلى درجة أننا نبحث عن السرقة التى تنطبق عليها هذه الشروط، سواء فيها ما كان موضع اختلاف أو اتفاق، فإننا نجد أحوالا نادرة تقطع فيها الأيدى، وإنه مع ندرة القطع يكون فيه من الترويع للسارقين ما يحفظ أمن الآمنين.

۞ رأى الشيعة فى المقصود باليد التى تقطع فى حد السرقة :

ثانيهما : أننا إذا دعونا إلى تطبيق حد السرقة فإننا لا نقطع إلا فيما أجمع الفقهاء علـى القطـع فيه، فإذا كان ثمة اختلاف فإننا نأخذ بقول من يمنع القطع، ولا نأخذ بقول من يتشدد، لأن موطن الخلاف يكون فيه شبهة، والحدود تسقط بالشبهات كما قررنا من قبل.

ثالـثها : أن عقوبة السرقة للترويع، وإفزاع السارقين، وأن ذلك يتحقق بإعلان العقوبة فقط وثبوت التطبيق، ولو فى أيد محدودة، فإن العبرة فى الترويع بالإعلان، من غير نظر إلى كثرة الأيدى، أو قلتها، وأن البلاد التى تطبق هذا الحد الحاسم لمادة الشر لا تقطـع إلا أيديا قليلة لو وزنت بجرائم السرقات التى تذهب الأرواح فى سبيلها لا تعد شيئا مذكورا بجوارها. فعلى الذين يذهب بهم فرط شفقتهم بالمجرمين أن يعلموا أن الأيدى التى تقطع ستكون قليلة جدا، ولكنها حاسمة قاطعة رادعة للأشرار، والله عليم حكيم[1]".

كـنا نـتمنى أن يقـول لنا الشيخ محمد أبو زهرة رأيه فيما يقوله الشيعة من أن المقصـود بالقطع فى حد السرقة هو الأصابع لا اليد – وهو ما أيده السيد الصدر فى تعليقه الذى ناقشناه فيما سبق.

---

(1) المرجع المشار إليه – البند 96 ص 123،124 .

الفرع السادس
فى حقوق الحكام وواجباتهم [1]

‹عوده› ٣٨٥ـ **واجبات الحكام** : تضع الشريعة واجبات على عاتق السلطات العامة وتلزمها بأدائها لصالح الجماعة، ويقوم بتنفيذ هذه الواجبات الموظفون العموميون على اختلاف درجاتهم، كل فيما يختص به. فإذا أدى الموظف واجبه فلا يسأل عنه جنائيا، ولو كان الفعل الذى قام به مما تحرمه الشريعة بصفة عامة. فالقتل مثلا محرم على الكافة ولكنه مباح إذا كان عقوبة؛ لأن العقوبة ليست عدوانا؛ ولأن من واجب القاضى أن يحكم بها ومن واجب الهيئة التنفيذية أن تنفذها. والحكم بعقوبة الجلد وتنفيذها من واجبات الموظفين، ولا مسئولية على قاض أو منفذ ولو أن الضرب محرم أصلا؛ لأن الحكم واجب على القاضى والتنفيذ واجب على المنفذ، ولا خيار لأحدهما فيما يجب عليه ...

والقاعدة فى الشريعة الإسلامية أن الموظف لا يسأل جنائيا إذا أدى عمله طبقا للحدود المرسومة لهذا العمل، أما إذا تعدى هذه الحدود فهو مسئول جنائيا عن عمله إذا كان يعلم أن لا حق له فيه، أما إذا حسنت نيته فأتى العمل وهو يعتقد أن من واجبه إتيانه فلا مسئولية عليه من الناحية الجنائية ...

ومن تطبيقات هذه القاعدة[2] إقامة الحدود، فلا خلاف بين الفقهاء فى أن إقامة الحدود واجبة، وأن سائر الحدود إذا أتى بها على الوجه المشروع من غير زيادة فلا مسئولية على مقيمها عما تؤدى إليه من تلف لأن الواجب لا يتقيد بشرط السلامة؛ ولأنه لابد للمكلف بالواجب من إتيانه. فمن أقام حد الزنا على غير محصن فضربه مائة جلدة بطريقة مشروعة فلا مسئولية على الضارب إذا أدى الضرب إلى الموت، فإذا تعمد الزيادة عن المائة أو أخطأ فزاد على المائة فأدى الضرب إلى الموت فهو مسئول جنائيا فى الحالين، وهو مسئول عن الزيادة فى الحالين ولو لم يؤد الضرب

---

(١) للحكام بصفتهم أفرادا كل حقوق الأفراد، وعليهم كل الواجبات التى سبق بيانها، ولكنهم بصفتهم حكاما لهم حقوق وعليهم واجبات من نوع آخر، وقد خصصنا هذا المبحث لهذه الحقوق التى يتميز بها الحكام وتلك الواجبات التى يحملونها ...

(٢) المغنى ج/١٠ ص/٣٣٤، شرح فتح القدير ج/٤ ص/٢١٧، ٢١٨، ٢٥١، أسنى المطالب ج/٤ ص/١٦٣.

﴿عوده﴾ للموت ، وإذا أمر الإمام مقيم الحد أن يضرب أكثر من مائة وكان مقيم الحد يعتقد طاعة الإمام ويجهل تحريم الزيادة فلا مسئولية عليه، وإنما المسئولية على الإمام، فإذا كان عالما بالتحريم فهو مسئول ولا يعفيه الأمر من المسئولية ...

ومـــن تطبيقات هذه القاعدة أن الإمام يقتص منه فى كل ما تعمده من جور فجار بـــه على الناس. فإذا قتل إنسانا قتل به، وإذا قطع إنسانا قطع به سواء باشر الفعل كأن ضربه بسيف أو تسبب فيه كأن حكم عليه ظلما بالقتل أو القطع[1] ...

وكمـــا يسأل الإمام عن عمده يسأل عن خطئه، لكنهم اختلفوا فى ضمان الخطإ، فـــرأى البعض أن الضمان على الإمام وعاقلته؛ لأنه ضمان وجب بخطئه، فمسئوليته عـــنه كمســـئولية أى مخطىء. ورأى البعض أن ضمان الخطإ فى بيت المال؛ لأن خطأ الإمـــام يكـــثر فـــلو وجب الضمان فى ماله ومال عاقلته لأجحف بهم فضلا عن أن الحاكم يعمل للجماعة وليس لنفسه[2] ...

ويطـــبق مالك وأبو حنيفة وأحمد القاعدة السابقة فى التعازير، فيرون أن لا عقوبة ولاضمان على حاكم عزر إنسانا، إذا أدت العقوبة التعزيرية إلى موت المحكوم عليه، ســـواء كانت العقوبة فى ذاتها مهلكة كعقوبة الإعدام، أو كانت غير مهلكة كالجلد، ولكن تنفيذها أدى لموت المحكوم عليه. ورأى هؤلاء الفقهاء قائم على أن فعل المحكوم عليه استوجب الحكم بالعقوبة وتنفيذها بشرط السلامة إذا أداه المكلف به فى حدوده المشروعة ولم يتعمد الزيادة عليه ولم يحدث منه خطأ فى أدائه[3] ...

أمـــا الشافعى فيرى أن يضمن الإمام دية المحكوم عليه إذا عزره فمات أو كانت العقوبـــة التعزير هى الموت؛ لأن من حق الإمام العفو عن الجريمة والعفو عن العقوبة، كما أن من حقه اختيار العقوبة الملائمة للجريمة والمجرم، والتعزير بعد هذا مقصود به التأديب لا الهلاك، فكان مشروطا بسلامة العاقبة، فإذا عاقب الإمام بعقوبة متلفة أو بعقوبة أدت للتلف فعلا فهو مسئول عن ضمان الجانى ...

---

(١) شرح فتح القدير ج/٤ ص/١٦١:١٦٠، المذهب ج/٢ ص/١٨٩، الشرح الكبير ج/٩ ص/٣٤٣/ ٣٤٢، مواهب الجليل ج/٦ ص/٢٤٣، المدونة ج/١٦ ص/٥٧، الأم ج/٦ ص١٧٠: ١٧١...

(٢) المغنى ج/١٠ ص/٣٣٤ : ٣٣٥، المهذب ج/٢ ص/٢٢٨، الأم ج/٦ ص/١٧٠: ١٧١...

(٣) المغنى ج/١٠ ص/٣٤٩، شرح الزرقانى ج/٨ ص/١١٦، شرح فتح القدير ج/٤ ص/٢١٢: ٢١٣..

﴿عوده﴾ ويدخـــل فى التعزير عند الشافعى حد الخمر إذا زاد على أربعين جلدة، فإذا ضرب شارب الخمر أكثر من أربعين فأدى ذلك لموته كان الإمام مسئولا؛ لأن ما زاد على الأربعين تعزير مشروط بسلامة العاقبة ...

ويحـــتج الشـــافعى فى ترتيب المسئولية على الإمام عن التعزير المتلف أو المؤدى للتلف بأن عليا – رضى الله عنه – قال : "ليس أحد أقيم عليه الحد فيموت فأجد فى نفســـى شيئا أن الحد قتله إلا حد الخمر، فإن رسول الله لم يسنه لنا ". كما يحتج بأن عليًّا أشار على عمر بضمان امرأة استدعاها عمر ففزعت وألقت جنينها حين أرسل إليها، وقد عمل عمر بمشورته. ويحتج أيضا بأن رسول الله ﷺ لم ير التعزير واجبا فى كل حال، وأنه عفا عن الجريمة وعفا عن العقوبة فى جرائم التعزير[1] ...

ورأى الأئمة الثلاثة يتفق مع المبدإ الذى تسير عليه القوانين الوضعية الحديثة على خلاف رأى الشافعي، ولكن رأى الشافعى يؤدى إلى مبدإ اجتماعى صالح إذ يعوض ورثـــة المحكـــوم عليه عن موت عائلهم الذى يموت فى أغلب الأحوال من عقوبة لم يقصد منها موته، ولا شك فى أن مثل هذا التعويض يساعد على حماية أسرة المحكوم عليه وتنشئة أولاده تنشئة حسنة ...

٣٨٦ـ حقـــوق الحكام : للحكام فى الشريعة كل ما للأفراد من الحقوق، ولكن لهم فوق ذلـــك حق الأمر على الأفراد، واستعمال هذا الحق يؤدى إلى ترتيب واجب على الأفراد هو واجب الطاعة ، وقد قرر القرآن هذا الحق وذاك الواجب فى قوله ﷻ : ﴿يأيها الذين آمـــنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم فإن تنازعتم فى شىء فردوه إلى الله والرسول﴾ [النساء:٥٩] ...

وحـــق الأمـــر وواجب الطاعة كلاهما مقيد غير مطلق، فليس للآمر أن يأمر بما يخالف الشريعة، وليس للمأمور أن يطيع فيما يخالف الشريعة سواء كان موظفا أو غير موظف، وذلك ظاهر من قوله ﷻ : ﴿فإن تنازعتم فى شىء فردوه إلى الله والرسول﴾، ومن قول الرسول ﷺ : "لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق"، وقوله : "من أمركم من الولاة بغير طاعة الله فلا تطيعوه "...

---

(١) أسنى المطالب ج/٤ ص/١٦٣، شرح البهجة ج/٥ ص/١٠٨، المهذب ج/٢ ص/٢٢٨ ...

فأمر الحاكم فى الشريعة لا يخلى المأمور من المسئولية ولو كان المأمور موظفا، وإذا أمر الرئيس مرءوسه بعمل مخالف للشريعة فأتاه وهو عالم بأنه غير مباح له كان علـى المرءوس عقوبة الفعل الذى أتاه؛ لأن أمر الرئيس فى هذه الحالة يُعَدّ أمرا غير مـلزم لا تجـب طاعته؛ لأنه صدر فيما لا سلطان للرئيس فيه، وليس للمرءوس أن ينفذه فإن نفذه حمل مسئوليته ...

وإذا كـان الفعل محرما ولكن المأمور لا يعلم بذلك ونفذه طاعة للأمر معتقدا أنه غـير محـرم. فلا مسئولية على المأمور لحسن نيته، بشرط أن يكون الفعل داخلا فى اختصاص الآمر، إذ من الواجب على المأمور أن يطيع رئيسه فيما ليس بمعصية[1] ...

وإذا أكـره الـرئيس المرءوس على قتل أحد أو جلده بغير حق فمات فكلاهما مسـئول جنائيا عن الفعل، ولا يعفى الإكراه المرءوس من المسئولية ولو كان الإكراه ملجئا، إذ الأصل فى الشريعة أن الإكراه على القتل لا يعفى المكره من العقوبة. وإذا كان الإكراه الملجئ لا يعفى من العقوبة فالإكراه الأدبى لا يعفى منها من باب أولى. والواقع أن الشريعة لا ترى فى مركز الرئيس من المرءوس ما يحمل الأخير على إطاعة أمر مخالف للشريعة ...

وإذا كان الآمر يعتقد حل الفعل الذى أمر به، وكان المأمور لا يعتقد حله ثم نفذه بالرغم من ذلك، فإن عليه المسئولية دون الآمر ...

ولا فرق فيما سبق بين أن يكون المأمور جنديا أو غير جندي، فصفة المأمور لا تحل له ارتكاب فعل محرم وصفة الآمر لا تبيح له أن يأمر بما ليس من حقه ...

٣٨٧ـ *بين الشريعة والقانون* : وحكم الشريعة فى حق الآمر، وواجب الطاعة يـتفق مع أحدث النظريات فى القوانين الوضعية إلا فيما تراه هذه القوانين من تفرقة بين حالة الجندى وغير الجندي، فإنها لا تسمح للجندى بمخالفة أوامر رؤسائه فيما هو ظاهـر أنه من اختصاصهم، بينما تسمح لغير الجندى بمخالفة أمر رئيسه إذا رأى أن الأمـر مخالف للقانون. والشريعة لا تقبل هذه التفرقة؛ لأنها تحرم تحريما قاطعا طاعة الـرئيس فيما هو معصية سواء كان المرءوس جنديا أو غير جندي. ولا شك فى أن الشـريعة تتفوق على القوانين فى هذه الناحية؛ لأنها تشجع المرءوس على قول الحق، وعلى سلوك السبيل السوى، وتجعل الرئيس فى حالة عجز عن مخالفة التشريع؛ لأنه لا يجد من ينفذ أمره، وفى ذلك خير ضمان للمحكومين والحاكمين على السواء ...

---

(١) الشرح الكبير ج/٩ ص/٣٤٢ : ٣٤٣، أسنى المطالب ج/٤ ص/٧ ومابعدها، شرح الزرقانى ج/٨ ص /١.

۞ 385 - 387 - مسئولية من يمارسون السلطة من الرؤساء والأتباع:

هـــذا هو الموضوع الذى كنا نطالب به عندما اقترحنا دراسة "بغى" من يمارسون السـلطة، سـواء استولوا عليها بطريق شرعى بالشورى والبيعة الحرة، أو بالغصب والقوة والغلب (فى هذه الحالة يكون مجرد سعيهم للسلطة وادعائهم لها بغيا فى ذاته).

وقــد تفادينا استعمال كلمة "الحكام" لأن هذا اللفظ يطلق عادة على القضاة فى كثير من كتب الفقه، أما هنا فنحن ندرس حالة كل من يمارس السلطة التنفيذية سواء كان آمرا أو مأمورا تابعا منفذا لأوامره.

ونحـن نحمـد لـه أن بدأ بالكلام عن واجباتهم؛ لأن الشريعة تَعُدّ السلطة أداء لواجبات وقياما بالتزامات، فى حين أن كثيرين ممن يغتصبون السلطة أو يسعون إليها يظنونها مغانم ومزايا – وهذا هو ما نرفضه وندعو للاحتراز منه.

ويسرنا أنه أشار إلى أن القاضى هو الذى يجب عليه أن يحكم بالعقوبات الشرعية، وقد أكدْنا دائما أن هذا حق له وحده، كما قدمنا.

أهـم مـبدإ بدأ به هو أن ما يباح لهؤلاء هو ما يدخل ضمن اختصاصهم شرعا وبالشروط التى تضعها شريعتنا لتصرفاتهم – وأن ما يتجاوز ذلك عمدا أو خطأ فإنهم مسئولون عنه ومحاسَبون عليه، وإذا كان جريمة فإنهم يستحقون العقاب كغيرهم.

طبيعى أن الاختصاصات تختلف وتتفاوت، وعلى كل من يتولى مسئولية السلطة أن يعرف حدود ولايته واختصاصه، وأن يلتزم بتلك الحدود ولا يتجاوزها، وأن يعلم أن كـل تجـاوز يجعله مستحقا للمسئولية الجنائية أو المدنية كغيره من الناس سواء بسواء، دون أن يدَّعى لنفسه أى امتياز أو حصانة مزعومة.

وعـلم الجانى أو معرفته لها أهمية فى تقدير حُسن النية – وكثير من التشريعات تجعل حُسـن الـنية سـببا لاستبعاد ثبوت العمد فى الجرائم الجنائية – ولذلك فإن تجاوز المسئول حدود سلطته معتقدا أنه يعمل فى حدودها يكون شبهة توجب عدم توقيع الحد عليه أو القصاص. لكننا نرى أن التعزير يبقى بابه مفتوحا مع ملاحظة تنوع التعازير التى تشمل فى نظرنا ما يُعَدُّ فى العصر الحاضر من الجزاءات الإدارية أو التأديبية فضلا عن التدابير الوقائية والتهذيبية والعبادية.

❁ حسن نية من ينفذ أمر رئيسه معناها اعتقاده بأن الأمر الصادر له شرعي، وإذا ثبت غير ذلك يكون مسئولا :

ونلاحظ أن كثيرا من الفقهاء يتكلم عن وجوب القصاص أو الحد أو عدم جوازه، ويهمنا مبدأ وجوب التعزير دائما ومرونته التى تتسع لتدابير غير جنائية..

ويؤسفنا أنه استعمل كلمة الإمام، وهو يقصد القاضى؛ لأن بعض الناس يظن أن الإمام هو رئيس الدولة، فى حين أن القاضى وحده هو الذى له الحق فى إقامة الحدود فلا داعى لذكر الإمام. وما دام هناك قاض فلا حق لرئيس الدولة فى القضاء. ونرى أن الدولة يجب عليها إقامة قضاء مستقل، وبالتالى لا يجوز فى نظرنا لرئيسها أن يتدخل فى القضاء بأى وجه من الوجوه إلا إذا كان مجتهدا ويعمل بهذه الصفة وحدها ولم يكن هناك قاض – وهذا الغرض أصبح غير ممكن بعد أن قفل باب الاجتهاد الفردى... وأصبح الاجتهاد جماعيا.

وقد عاد لاستعمال كلمة الحاكم بدلا من الإمام، وقد أشرنا إلى أنها تستعمل فى الفقه للإشارة إلى القضاة، ونعتقد أنه قصد ذلك لأن الفقهاء الذين نقل عنهم كانوا يعبرون عن القاضى بأنه "الحاكم". والخلافات بين آراء الفقهاء فيما يتعلق بالضمان أو المسئولية المدنية لها نظائر فى الفقه الوضعي العصرى ...

* * *

إن التزام الأتباع بطاعة رؤسائهم يجب أن يؤخذ فى الحسبان عند الكلام عن مسئوليتهم عن الأفعال التى يعتقدون بحُسن نية بأن سلطة رؤسائهم وولايتهم توجب عليهم تنفيذ تلك الأوامر، وفقهاؤنا يرون إعفاءهم من المسئولية عما تضمنته الأوامر التى نفذوها من خطإ أو عدوان – طالما كانوا حسنى النية – ويكون الآمر هو المسئول.

إننا إذا أعفينا الأتباع حسنى النية من المسئولية، فإن الرئيس الآمر هو الذى يتحمل المسئولية دائما – سواء عوقب الأتباع أو لم يعاقبوا، وسواء عرفوا أو لم يعرفوا.

❁ لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق :

أســـاس إعفـــاء التابع فى نظر كثيرين هو أنهم مكرهون على طاعة رؤسائهم أو ملتزمون بها شرعا، وأنهم يعتقدون أن الرئيس الذى أعطاهم الأمر كان يمارس ولاية "شرعية" صحيحة، وأنهم لذلك ملزمون شرعا بتنفيذ أوامره.

لكـــن هذا الالتزام الشرعى مقيد بشرط أن يعتقد بحُسن نية أن أمر الرئيس ليس معصـــية؛ لأن المبدأ الشرعى أنه "لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق". وإذا كان يعلم أنه معصية واضحة ومعروفة فإنه لا يتمتع بالإعفاء من المسئولية.

وسنرى تفصيل ذلك فى المبحث التالى بشأن أسباب عدم المسئولية التى عبر عنها بأنها أسباب رفع "العقوبة"، وهو تجاوز فى التعبير لا نقره لأن الأمر خاص بالمسئولية لا بالعقوبة.

المبحث الثاني
أسباب رفع العقوبة

‹عوده› ٣٨٨ ـ *ما يرفع العقوبة*: ترفع العقوبة عن الفاعل فى أربع حالات هى:
(١) الإكراه . (٢) السكر . (٣) الجنون . (٤) صغر السن .

وفى كل حالة من هذه الحالات يرتكب الفاعل فعلا يحرمه الشارع ويعاقب عليه، ولكن الشارع يعفيه من العقاب لحالة قائمة فيه لا فى فعله. فأساس الإعفاء من العقوبة صفة قائمة فى شخص الفاعل، بعكس الأمر فى أسباب الإباحة فإن الإباحة أساسها وجود صفة فى الفعل لا تجعله محرما. وعلى هذا نستطيع أن نميز بين أسباب الإعفاء من العقوبة وبين أسباب الإباحة، بأن الإعفاء يرجع لصفة فى الفاعل وأن الإباحة ترجع لصفة فى الفعل ...

وسنخصص فيما يأتى مبحثا لكل حالة من حالات رفع العقوبة ...

❁ 388 – شرط المسئولية الاختيار الحر والرشد العقلي :

أشرنا إلى أن الشارع الحكيم قد كرم بنى آدم بأن منحهم العقل الراشد والاختيار بـين الخير والشر، ولذلك فإنهم يتحملون مسئولية الجزاء الأخروى والدنيوى (بما فى ذلك الجزاء الجنائى) طالما توافر لديهم هذان الشرطان، وتنعدم المسئولية كلما وجد سبب يفقد الإنسان الاختيار الحر أو العقل الراشد .

وقد أورد أربعة أسباب تبرر انعدام المسئولية :

أولهـا: عـدم الاخـتيار الحر وهو الإكراه – وعَدَّ حالة الضرورة داخلة ضمن الإكراه، وفى نظرنا أن الإكراه هو نوع من الضرورة.

أما الثلاثة الباقية، فهى حالات لا يتوافر فيها العقل الراشد اللازم والكافى لتحمل المسئولية.

ولذلك اعترضنا على استعمال كلمة ارتفاع العقاب؛ لأن موضوعنا هو المسئولية، ويجب التفرقة بين امتناع المسئولية لعدم توافر شروطها، وامتناع العقاب برغم توافر شروط المسئولية.

الفرع الأول
فى الإكراه

<عوده> ٣٨٩ ـ *تعريف الإكراه* : يعرِّف بعض الفقهاء الإكراه بأنه فعل يفعله الإنسان بغيره فيزول رضاه أو يفسد اختياره، وبأنه فعل يوجد من المكره يحدث فى المحل أى المكره معنى يصير به مدفوعا إلى الفعل الذى طلب منه، وبأنه عبارة عن تهديد الغير على ما هدد بمكروه على أمر بحيث ينتفى به الرضاء[1] ...

ويعرفه البعض بأنه ما يفعل بالإنسان مما يضره أو يؤلمه[2]. ويرى البعض أن حد الإكراه هو أن يهدِّد المكرَه قادرٌ على الإكراه بعاجل من أنواع العقاب يؤثر العاقل لأجله الإقدام على ما أكره عليه، وغلب على ظنه أنه يُفعَل به ما هُدِّد به إذا امتنع مما أكرهه عليه[3] ...

٣٩٠ ـ *أنواع الإكراه* : الإكراه نوعان : نوع يعدم الرضا ويفسد الاختيار، وهو ما خيف فيه تلف النفس، ويسمى إكراها تاما أو إكراها ملجئا. ونوع يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار وهو ما لا يخاف فيه التلف عادة كالحبس والقيد لمدة قصيرة، والضرب الذى لا يخشى منه التلف، ويسمى إكراها ناقصا أو إكراها غير ملجئ[4]...

والإكراه الناقص لا يؤثر إلا على التصرفات التى تحتاج إلى الرضاء كالبيع والإجارة والإقرار؛ فلا تأثير له على الجرائم ...

أما الإكراه التام فيؤثر فيما يقتضى الرضا والاختيار معا كارتكاب الجرائم؛ فمن أكره على جريمة زنا مثلا ينبغى أن يكون الإكراه الواقع عليه بحيث يعدم رضاه ويفسد اختياره. والإكراه التام هو الذى سنتكلم عنه...

ويرى بعض الفقهاء فى مذهب أحمد – ورأيهم مرجوح – أن الإكراه يقتضى شيئا من العذاب مثل الضرب والخنق وعصر الساق وما أشبه، وأن التوعد بالعذاب لا يكون إكراها. ويستدلون على ذلك بقصة عمار بن ياسر حين أخذه الكفار فأرادوه على

---

(١) البحر الرائق ج/٨ ص/ ١٧٩ ...

(٢) مواهب الجليل ج/٤ ص/٤٥ ...

(٣) أسنى المطالب، وحاشية الشهاب ج/٣ ص/٢٨٢ ...

(٤) البحر الرائق ج/٣ ص/ ٨٠ ...

﴿عوده﴾ الشرك بالله فأبى عليهم، فلما غطوه فى الماء حتى كادت روحه تزهق أجابهم ما طلبوا. فانتهى إليه النبى ﷺ وهو يبكي، فجعل يمسح الدموع من عينه ويقول: "أخذك المشركون فغطوك فى الماء وأمروك أن تشرك بالله ففعلت، فإن أخذوك مرة أخرى فافعل ذلك بهم". ويستدلون أيضا بما قاله عمر رضى الله عنه : "ليس الرجل أمينا على نفسه إذا أوجعته أو ضربته أو أوثقته" .

فهؤلاء الفقهاء يرون أن الإكراه يستلزم فعلا ماديا يقع على المكره فيحمله على إتيان ما أكره عليه، فإن لم يكن الإكراه ماديا وسابقا على الفعل الذى يأتيه المكره فلا يُعَدّ الفاعل مكرها فى رأيهم[1]...

ويرى أصحاب الرأى الراجح فى مذهب أحمد ما يراه مالك وأبو حنيفة والشافعي، فيرون أن الوعيد بمفرده إكراه، وأن الإكراه لا يكون غالبا إلا بالوعيد بالتعذيب أو بالقتل أو بالضرب أو بغير ذلك. أما ما مضى من العقوبة فإنه لا يندفع بفعل ما أكره عليه، ولا يخشى منه شيئا بعد وقوعه، إنما الخشية والخوف مما يهدد به، فإذا وقع الفعل المهدد به انتهت الخشية وذهب الخوف. فالذى يندفع إذن بإتيان الفعل المكره عليه هو ما يتوعد به من العقوبة أو التعذيب وليس ما وقع فعلا[2] ...

وعلى هذا فالإكراه يصح أن يكون ماديا، ويصح أن يكون معنويا، فالإكراه المادى هو ما كان التهديد والوعيد فيه واقعا، أما الإكراه المعنوى فهو ما كان الوعيد والتهديد فيه منتظر الوقوع ...

---

(١) المغنى ج/٨ ص/ ٢٦٠، الشرح الكبير ج/٨ ص/٢٤٠ ...

(٢) المغنى ج/٨ ص/٢٦١، البحر الرائق ج/٨ ص/٨٠، أسنى المطالب ج/٣ ص/٢٨٢ : ٣٨٢، مواهب الجليل ج/٣ ص/٤٥ :٤٦

۞ 389 ، 390 – التعريف والتقسيم :

قصـــر تعريفه على الإكراه الواقع من جانب إنسان آخر، لأنه خصص للضرورة الناتجة من غير فعل إنسانى البنود من (399 – 406). وكنا نفضل أن يخصص لها فرعا مستقلا أو أن يشار إليها فى عنوان هذا الفرع كما فعلنا .

وسوف نتكلم عن الفرق بين الضرورة والإكراه فيما بعد فى تعليقنا على البند (399).

* * *

وقـــد فرق بين الإكراه التام أو الملجئ، وبين الإكراه الناقص غير الملجئ، وعرَّف الإكراه التام الملجئ بأنه يعدم الرضا والاختيار معا؛ لأنه يهدد المكره بخطر على نفسه وهو ما لا يستطيع عاقل أن يرضى به أو يختاره. فالرضا هنا منعدم لأن العاقل العادى عادة يفضل البقاء على قيد الحياة إذا خُيِّر بين أن يكون أو لا يكون ...

أما النوع الأقل درجة ويُعَدّ إكراها ناقصا غير ملجئ، فهو لا يعدم الاختيار لكنه يفســد الرضا؛ فالمكره قد اختار فعلا لكن رضاه كان غير صحيح أو فاسد. وهذه التفرقة لا نظير لها فى الفقه الوضعى.

<عوده> ٣٩١ـ *شروط الإكراه* : يشترط لوجود الإكراه توافر الشروط الآتية، فإن لم تتوافر فلا يُعَدُّ الإكراه قائما ولا يُعَدُّ الفاعل مكرها :

أولا : أن يكون الوعيد ملجئا "،أى مما يستضر به ضررا كبيرا" بحيث يعدم الرضا كالقتل والضرب الشديد والقيد والحبس الطويلين. وتقدير الوعيد الذى يستضر به مسألة موضوعية تختلف باختلاف الأشخاص والأسباب المكره عليها، فقد يكون الشيء إكراها فى حق شخص دون آخر وفى سبب دون آخر. فبعض الأشخاص قد لا يتضرر من الضرب عدة أسواط، والبعض قد يتضرر من ضربة سوط واحدة. والبعض قد يرحب بمكثه فى السجن أمدا طويلا، والبعض قد يضار ببقائه فى السجن ليلة واحدة. والتهديد بالضرب والحبس والقتل لا يُعَدُّ إكراها فى جريمة القتل، ولكنه يُعَدُّ إكراها فى جريمة الشرب أو السرقة. والضرب اليسير فى حق من يبالى به ليس إكراها، ولكنه يُعَدُّ إكراها فى حق ذوى المروءات إن وقع على وجه يكون إخراقا بصاحبه وعضالة وشهرة فى حقه ...

والتهديد بالشتم والسب والقذف ليس إكراها باتفاق[1].

وأمر صاحب السلطان يُعَدُّ فى ذاته إكراها دون حاجة إلى اقترانه بالوعيد أو التهديد، إذا كان المفهوم أن جزاء المخالفة هو القتل أو الضرب الشديد أو الحبس والقيد الطويلين. وأمر من لا سلطان له لا يُعَدُّ إكراها إلا إذا كان المأمور يعلم أنه إن لم يطع وقعت عليه وسائل الإكراه أو كان الآمر قد اعتاد إيقاع هذه الوسائل على من يخالف أمره[2]...

وأمر الزوج لزوجته فى حكم أمر السلطان إن كانت تخشى أن تقع عليها وسائل الإكراه عند عدم الطاعة، فإن أطاعت وهى لا تخشى شيئا من هذا فلا يُعَدُّ الأمر إكراها[3]...

ويُعَدُّ الوعيد إكراها إذا وجه لنفس المكره، وهذا متفق عليه. فإذا وجه لغيره فهناك اختلاف: فيرى المالكية أن الوعيد إكراه ولو وقع على أجنبي[4]. ويرى بعض

---

(١) المغنى ج/٨ ص/٢٦١، مواهب الجيل ج/٤ ص/٤٥ ...

(٢) حاشية ابن عابدين ج/٥ ص/١١٢ ...

(٣) حاشية ابن عابدين ج/٥ ص/١٢٥ ...

(٤) مواهب الجيل ج/٤ ص/٤٥ ...

 الحنفية أن الوعيد ليس إكراها إذا وقع على غير المكره، ولكن بعضهم يرى أنـــه إكراه إذا وقع على الولد أو الوالد أو على ذى رحم محرم. وهذا يتفق مع رأى الشافعية[١] ...

ويرى الحنابلة أن الوعيد إكراه إذا وقع على الابن أو الأب[٢]...

والوعيـــد بإتلاف المال إكراه عند مالك والشافعى وأحمد إذا لم يكن المال يسيرا، فإن كان المال يسيرا فلا إكراه. وتقدير ما إذا كان المال يسيرا أو غير يسير يرجع فيه إلى الشخص نفسه ومقدار ثروته، فقد يكون المال يسيرا بالنسبة لشخص وغير يسير بالنسبة لآخر[٣] .

والأصـــل فى مذهـــب أبى حنيفة أن الوعيد بإتلاف المال ليس إكراها، ولو كان إتـــلاف المال يلحق ضررا جسيما بصاحبه؛ لأن محل الإكراه الأشخاص لا الأموال. ولكـــن بعض فقهاء الحنفية يرى الوعيد بإتلاف المال إكراها، وأصحاب هذا الرأى يختـــلفون فـــيما بيـــنهم. فيشترط بعضهم أن يكون الوعيد بإتلاف كل المال ليكون إكـــراها، والبعض لا يشترط إتلاف كل المال، ويكفى عندهم لاعتبار الإكراه قائما، أن يكون الوعيد بإتلاف جزء من المال يستضر بإتلافه ضررا كبيرا[٤] ...

ويجب أن يكون الوعيد بفعل محذور، أى غير مشروع، فإن كان الفعل المهدد به مشـــروعا فـــلا يُعَدُّ الفاعل مكرها. فمن كان محكوما عليه بالجلد أو الحبس، وهدد بتنفيذ العقوبة عليه إن لم يرتكب جريمة فارتكبها، فعليه عقوبتها، ولا يُعَدُّ أنه كان فى حالـــة إكراه؛ لأن الفعل الذى هدد به مشروع، فلا يُعَدُّ أن التهديد هو الذى حمله على الفعل، بل يُعَدُّ أنه قد أتى الفعل بمحض رغبته[٥] ...

ثانيـــا : أن يكون الوعيد بأمر حال[٦] يوشك أن يقع إن لم يستجب المكره، فإن كان الوعيد بأمر غير حال فليس ثمة إكراه؛ لأن المكره لديه من الوقت ما يسمح له

(١) حاشية ابن عابدين ج/٥ ص/١١٠، أسنى المطالب وحاشية الشهاب الرملى ج/٣ ص/٢٨٣ ...

(٢) الإقناع ج/٤ ص/٤ ...

(٣) مواهب الجليل ج/٤ ص/٤٥، أسنى المطالب ج/٣ ص/٢٨٢، الإقناع ج/٤ ص/٤، المغنى ج/٨ ص/٢٦١.

(٤) البحر الرائق ج/٨ ص/٨٢ ...

(٥) حاشية ابن عابدين ج/٥ ص/١٢٠، أسنى المطالب ج/٣ ص/ ٢٨٢، المغنى ج/٨ ص/٢٦٠...

(٦) حاشية ابن عابدين ج/٥ ص/ ١٠٩ ...

〈عوده〉 بحماية نفسه؛ ولأنه ليس فى الوعيد غير الحال ما يحمله على المسارعة بارتكاب الفعل. ويرجع فى تقدير ما إذا كان الوعيد حالا أو غير حال إلى ظروف المكره وإلى ظنه الغالب المبنى على أسباب معقولة ...

ثالثا : أن يكون المكره قادرا على تحقيق وعيده؛ لأن الإكراه لا يتحقق إلا بالقدرة، فإن لم يكن المكره قادرا على فعل ما هدد به فلا إكراه. ولا يشترط فى المكره أن يكون ذا سلطان كحاكم أو موظف؛ لأن العبرة بالقدرة على الفعل المهدد به لا بصفة المكره ...

رابعا : أن يغلب على ظن المكره أنه إذا لم يجب إلى ما دعى إليه تحقق ما أوعد به. فإن كان يعتقد أن المكره غير جاد فيما أوعد به، أو كان يستطيع أن يتفادى الوعيد بأى طريقة كانت ثم أتى الفعل مع ذلك، فإنه لا يُعَدّ هنا مكرها، ويجب أن يكون ظن المكره مبنيا على أسباب معقولة ...

٣٩٢ـ *حكم الإكراه* : يختلف حكم الإكراه باختلاف الجرائم. ففى بعض الجرائم لا يكون للإكراه أى أثر، وفى بعضها ترتفع المسئولية الجنائية ويباح الفعل، وفى بعضها تبقى المسئولية الجنائية وترتفع العقوبة؛ فالجرائم بالنسبة للإكراه على ثلاثة أنواع:

١ – نوع لا يؤثر عليه الإكراه فلا يبيحه الإكراه ولا يرخص به ...

٢ – نوع يبيحه الإكراه فلا يُعَدّ جريمة ...

٣ – نوع يرخص به الإكراه فيُعَدّ جريمة ولكن لا يعاقب عليه ...

٣٩٣ـ*الجرائم التى لا يؤثر عليها الإكراه* : اتفق الفقهاء على أن الإكراه الملجئ لا يرفع العقوبة على المكره إذا كانت الجريمة التى ارتكبها قتلا أو قطع طرف أو ضربا مهلكا[1]، وحجتهم فى ذلك قوله ﷻ : ﴿ولا تقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق﴾ [الأنعام:١٥١]، وقوله ﷻ :﴿والذين يؤذون المؤمنين والمؤمنات بغير ما اكتسبوا فقد احتملوا بهتانا وإثما مبينا﴾ [الأحزاب:٥٨]. ويعللون عقاب المكره بأنه قتل المجنى عليه متعمدا ظالما لاستبقاء نفسه، معتقدا أن فى قتله نجاة نفسه وخلاصه من شر المكره ...

---

(١) البحر الرائق ج / ٨ ص / ٧٤ : ٧٧.

<عوده> والظاهر أن الفقهاء يرون أن كل جريمة يمكن أن تباح أو يرخص بها للإكراه إلا قتل الإنسان والاعتداء عليه اعتداء مهلكا، فإنه كبيرة والتساهل فيها يؤدى إلى خطر جسيم، ولذلك يتشددون فى هذه الناحية ويجمعون على عدم تأثير الإكراه على العقوبة فى هذه الجرائم. ولكنهم اختلفوا على نوع العقوبة: فمالك وأحمد يريان القصاص من المكره[1]، وفى مذهب الشافعى رأيان أرجحهما يرى القصاص، والثانى يرى أصحابه أن تكون العقوبة الدية على اعتبار أن الإكراه شبهة تدرأ القصاص[2]. وفى مذهب أبى حنيفة[3] اختلاف على العقوبة فنفر يرى القصاص وأبو حنيفة ومحمد يريان الاكتفاء بتعزير المكره أى عقابه بالعقوبة التى يراها الشارع ملائمة، وأبو يوسف يرى الدية على المكره .

ونظرية فقهاء الشريعة فى عقاب المكره على القتل وقطع الأطراف والضرب المهلك تتفق تماما فى النتيجة مع ما يراه أصحاب النظرية المادية من شراح القوانين الوضعية، وهم الذين يرون أنه فى حالة الإكراه يتعارض حقان أو مصلحتان، وأن الفاعل يختار بين الجريمة والخطر الذى يتهدده، أو بين تضحية نفسه وتضحية الغير، ولا يرون العقاب إذا ضحى بالأقل قيمة كتضحية رغيف لإحياء شخص جائع. أما إذا تساوت المصلحتان أو ضحى بأكبرهما قيمة فيرون عقاب الفاعل[4]. وقد طبقت هذه النظرية فى إنجلترا فى حادث ملخصه أن يختا غرق ونجا من ركابه القبطان وآخر وخادم، واستقلوا قاربا للنجاة فبقوا به ثمانية عشر يوما يقاسون أشد الآلام، وبعدها اتفق القبطان ورفيقه على قتل الخادم ليشربا دمه وليقتاتا بلحمه، وقتلاه فعلا فحكم عليهما بالإعدام ثم استبدل بالإعدام الحبس ...

(١) مواهب الجليل ج/٦ ص/٢٤٢، المغنى ج/٩ ص/٣٣١، الإقناع ج/٤، ص/١٧١.

(٢) تحفة المحتاج ج/٤ ص/٧، المهذب ج/٣ ص/١٨٩.

(٣) بدائع الصنائع ج/٧ ص/ ١٧٩.

(٤) الموسوعة الجنائية ج/١ ص / ٤٩٢.

مـــا ذكره عن الشروط التى نص عليها فقهاؤنا لا يختلف كثيرا عن الشروط التى توصـــل إليهـــا الفقـــه الوضعى المعاصر وإن جاء متأخرا عن فقهنا بقرون عديدة – وكذلك الآراء المتنوعة والمتعددة فى فقهنا لها نظائر فى الفقه والقضاء العصرى.

والفقـــه يفـــرق فى مدى أثر الإكراه بين الجرائم المختلفة ويخصون جرائم القتل بأحكـــام تـــتفق مع ما جرت عليه شريعتنا فى تأكيد مبدإ حصانة الحياة الإنسانية فى شريعتنا ونتائج هذا المبدإ فى تشديد العقوبة على من يعتدى عليها.

ويكفى للتدليل على هذا الآية الكريمة فى قوله تعالى بعد أن ذكر قصة ابنى آدم[1].

وهـــذه الآية تدل على أن المشرع الإلهى يعنى بما نسميه النصوص التكليفية قبل النصوص العقابية، ويخص الجرائم الخطيرة بتنبيه الناس إلى ضرورة الامتناع عن أفعال معيـــنة تهدد المجتمع، ثم يكمل ذلك ويؤكده بتقرير عقوبة رادعة لها بنص شرعى فى حـــين أنـــه يـــترك الأمر فى غيرها لممثلى المجتمع من أهل الاجتهاد لتحديد العقوبة التعزيرية المناسبة.

ففـــى جريمة القتل حرمها عندما أوجب القصاص عند كلامه عن التوراة[2]، ومـــن أمثـــلة الأحكام التكليفية تحريم الزنا[3] وتحريم الخمر والميسر والأنصاب والأزلام[4] وتحريم الربا[5] وهكذا.

---

(1) ﴿من أجل ذلك كتبنا على بنى إسرائيل أنه من قتل نفسا بغير نفس أو فساد فى الأرض فكأنما قتل الناس جميعا ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا﴾ [الآية (32) من سورة المائدة – وكذلك الآية (33) من سورة الإسراءحيث يقول تعالى ﴿ولاتقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق ..﴾ .

(2) ﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين﴾ الآية (45) من سورة المائدة .

(3) ﴿ولاتقربوا الزنا إنه كان فاحشة وساء سبيلا﴾ الآية (32) من سورة الإسراء .

(4) ﴿إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه ..﴾ الآية (90) من سورة المائدة ..

(5) ﴿... لاتأكلوا الربا ..﴾ الآية (130) من سورة آل عمران.

❁ – أحكام خاصة لجريمة القتل فى حالة الإكراه :

ونتـــيجة لعـــناية المشرع الإلهى بتشديد الجزاء على من يعتدون على حرمة الـــنفس الإنســـانية وسلامة الأشخاص – قرر الفقه أحكاما استثنائية فى حالة ارتكابها نتيجة للإكراه .. كما سنعرضه فيما يلى.

قال : إن الفقهاء اتفقوا على عقاب القاتل عمدا حتى ولو كان مكرها ...

وقـــد أفـــاض فى تعليل هذا الحكم الاستثنائى، ومع ذلك فإننا نعتقد أنه يكتفى بالـــتعزير – ويعطل القصاص فى حالة الإكراه الملجئ ويكتفى بالتعزير عند ثبوته مع ملاحظـــة ما قلناه مرارا من أن التعازير تتسع لتدابير تخرج عن نطاق العقوبة الجنائية وتدخـــل فى نطـــاق الوقاية والإصلاح والتهذيب بل والعبادة .. وأنها هى العقوبة الأصلية فى جميع الجرائم .

ولهـــذا فإنـــنا نرجح ما نسبه إلى الإمامين / أبى حنيفة ومحمد من الاكتفاء بتعزير المكره، وقريب من ذلك رأى الإمام / أبى حنيفة – الذى يكتفى بالدية ...

وكذلـــك الحـــال فى الاعتداءات على سلامة الجسم كقطع الأطراف وإحداث العاهـــات والضـــرب والجرح – فنرى أنه يجب التعزير فى حالة الإكراه دون عقوبة القصاص .

ويلاحظ أن عناية الفقه بوضع أحكام خاصة بجريمة القتل الناتجة عن إكراه تؤيد ما قلناه مرارا من أن شريعتنا تجعل حماية حق كل إنسان فى عدم المساس بحياته أو سلامة بدنـــه مـــن أهم مقاصدها السامية، ويترتب على ذلك استثناء هذه الجريمة من بعض الأحكام التى تطبق على مرتكبى الجرائم الأخرى – كما هو الشأن هنا فى أثر الإكراه على المسئولية .

﴿عوده﴾ ٣٩٤ـ *الجرائم التى يباح فيها الفعل* : يرفع الإكراه المسئولية الجنائية فى كل فعل محرم يبيح الشارع إتيانه فى حالة الإكراه : كأكل الميتة وشرب الدم لقوله ﷻ: ﴿وقد فصل لكم ما حرَّم عليكم إلا ما اضطررتم إليه﴾ [الأنعام: ١١٩]، ولقوله ﷻ: ﴿فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه﴾ [البقرة: ١٧٣]. فأكل الميتة وشرب الدم كلاهما محرم فى غير حالة الإكراه، ولكنه يباح إذا أكره الإنسان عليه، ومن ثم فلا مسئولية على إتيان الفعل، ولو أنه محرم أصلا؛ لأن التحريم يزول بالإكراه، بل إن المكره ليأثم فيما بينه وبين ربه طبقا للرأى الراجح إذا امتنع عن مطاوعة المكره لأنه يلقى بنفسه فى التهلكة بامتناعه وعدم مطاوعته[1] ...

ويشترط فى الإكراه الذى يرفع المسئولية الجنائية ويبيح الفعل أن يكون إكراها ملجئا؛ فإن كان ناقصا فإنه لا يحل الفعل، فيبقى الفعل محرما معاقبا عليه

ويمكن معرفة الأفعال التى يرفع فيها الإكراه المسئولية الجنائية من مراجعة النصوص التى حرمتها، فإن كانت أحلتها عند الضرورة أو الإكراه فهى من هذا النوع، وإن لم تكن أحلتها عند الضرورة أو الإكراه فهى ليست منه. وعلى كل حال فهذه الأفعال خاصة بالمطاعم والمشارب المحرمة كأكل الميتة ولحم الخنزير وشرب الدم النجاسات ...

ويختلف الفقهاء فى شرب الخمر: فأبو حنيفة والشافعى وأحمد يرون أن الإكراه يبيح الفعل، أما مالك فيرى أن الإكراه يرفع العقوبة ولا يبيح الفعل، فيظل الفعل محرما على أصله ولكن الفاعل لا يعاقب لعدم التكليف، أى لانعدام الاختيار[2] ...

مسئولية المكره المدنية عن هذه الجرائم : والأصل أن الإنسان لا يسأل جنائيا ولا مدنيا عن فعل مباح، والإكراه فى هذا النوع من الجرائم يحل الفعل، ومن ثم فلا يسأل الفاعل مدنيا عن الجريمة فى ذاتها، وإنما يسأل عن كل فعل آخر صحبها إذا ألحق هذا الفعل ضررا بالغير. فلحم الخنزير مثلا محرم أصلا، ولكن الإكراه يبيح للإنسان أن يتناول هذا اللحم، ولا يُعَدُّ تناوله جريمة ولا مسئولية على الآكل من الوجهة المدنية إذا اشترى اللحم، أما إذا غصبه أو سرقه ممن يملكه فإنه يسأل مدنيا قبل المالك بقيمة

---

(١) بدائع الصنائع ج/٧ ص/١٧٦، المهذب ج/٢ ص/٢٤٥ وما بعدها، مواهب الجليل ج/٣ ص/٢٢٩.

(٢) المراجع السابقة ومواهب الجليل ج/٥ ص/٣١٨، وتبصرة الحكام ج/٢ ص/٢٢٧.

﴿عوده﴾ ما غصب أو سرق، والواقع أن المسئولية المدنية هنا ليست عن أكل اللحم، وإنما هى عن الغصب أو السرقة فكلاهما جريمة لا يعاقب عليها للإكراه، والإعفاء من العقاب لا يمنع من المسئولية المدنية عن هاتين الجريمتين ...

٣٩٥ـ *بين الشريعة والقانون* : وتختلف الشريعة عن القوانين الوضعية فى أنها تجعل الإكراه مبيحا لبعض الأفعال المحرمة، بينما القاعدة فى القوانين الوضعية أن الإكراه لا يبيح الفعل وإنما يرفع العقوبة فقط. والواقع أن الأفعال التى يبيحها الإكراه فى الشريعة محدودة وقد حرمت هذه الأفعال أصلا؛ لأن فى إتيانها ضررا بمن يأتيها. فشرب الخمر وأكل الميتة ولحم الخنزير محرمة؛ لأنها تضر بصحة الشارب والآكل قبل كل شىء، فهى أفعال محرمة لمصلحة الفاعل لا لمصلحة الغير، فكان من العدل أن تباح إذا أدى تحريمها لإلحاق ضرر أكبر بالفاعل، أو بتعبير آخر إذا انتفت حكمة التحريم، أما ما عدا ذلك من الأفعال فأساس التحريم فيها مصلحة الغير وسواء أكره الشخص على إتيانها أو أتاها مختارا فإن الفعل يمس مصلحة الغير .

فأساس التحريم قائم فى حالتى الإكراه والاختياروومن ثم بقى الفعل جريمة فى الحالين، ولكن لما كان الفاعل قد أتى الفعل وهو مكره فقد رفعت عنه عقوبة الفعل للإكراه ...

ولعل منطق الشريعة فى هذه الناحية أدق من منطق القوانين الوضعية التى تسوى فى الحكم بين الجرائم جميعا، وإن اختلف أساس التحريم فيها. فالقانون المصرى مثلا يعاقب على استعمال اللحم المذبوح خارج السلخانة[1]، والحكمة فى تحريم الاستعمال الخوف من أن يكون اللحم من حيوان مصاب بمرض معد، فيمرض الآكل، فإذا اضطر الجوع إنسانا ليأكل من هذا اللحم عُدَّ فعله جريمة بالرغم من أن التحريم قصد به أصلا المحافظة على حياة الآكل، وبالرغم من أن تحريم الفعل فى حالة الاضطرار يؤدى إلى القضاء على حياة الآكل واكتفى برفع العقاب عنه مع أن علة التحريم فى هذه الحالة منعدمة. وهكذا لا نجد الشريعة خالفت القوانين الوضعية إلا وجدنا الحق والعدل والمنطق والمصلحة فى جانب الشريعة ...

---

(١) المادة الأولى من لائحة السلخانات...

394، 395 – إباحة المحرمات من المأكولات والمشروبات لحفظ حياة الإنسان وعدم تعريض حياته للخطر :

يشـــير إلى نصوص القرآن التى تبيح أكل المحرم أو شربه فى حالة الضرورة – مثل أكـــل الميتة أو لحم الخنزير أو شرب الدم – وذلك لأن أكل الطعام والشراب أبيح للـــناس ليـــبقوا عـــلى حياتهم، فلا يجوز أن يكون تحريم أكل بعض المطاعم أو بعض المشارب سببا فى تلف النفس الإنسانية أو الإضرار بسلامة الجسم وصحته، بل يصبح من الواجب أكل كل ما يلزم لحفظ حياة الإنسان، ولو كان محرما فى الأصل.

وشـــرب الخمر هو الوحيد الذى شُرعت له عقوبة حدية – على خلاف فى ذلك كما سنراه فيما بعد – لكنها على كل حال تستوجب التعزير. والخلاف بين الفقهاء محصـــور فى القـــول بأن شربها يكون مباحا فى حالة الضرورة أو الإكراه كغيرها من المأكولات أو المشروبات المحرمة فى الأصل، أم أن من تناولها يعفى من المسئولية فقط، لكن الفعل يبقى معصية ومحرما .

إن لنا اعتراضا على تعميم المبدإ الذى يقول بأن الضرورات تبيح المحظورات؛ لأن الأصل أن أثر حالة الضرورة فى نظرنا هو الإعفاء من المسئولية لا الإباحة ..

ولكن يمكن القول بالإباحة استثناء فى حالة تناول المأكولات أو المشروبات المحرمة إذا اضـــطر الشخص لذلك اضطرارا حتى لا يفقد حياته أو يصاب بضرر جسمى أو بدنى أو صحى، لأن المحافظة على الحياة وسلامة الجسم واجب شرعى، وكل ما يلزم لإنقـــاذ حياة الإنسان من طعام أو شراب يكون تناوله مباحا له وواجبا عليه وليس حقـــا لـــه فقـــط. للذلـــك نرى الإباحة فى هذه الحالة، وهذه قاعدة خاصة بالمطاعم والمشارب المحرمة كما أشار للذلك ...

بـــل إنـــنا نرى أن الإباحة تشمل كل فعل يكون ضروريا لدفع خطر على حياة الأشـــخاص أو سلامة أبدانهم – ولو كان يُعَدُّ فى الأصل جريمة معاقبا عليها – كمن يســـرق سلاحا ليدفع عن نفسه أو عن غيره خطرا يهدد حياته أو كمن يقتحم منزلا بدون إذن صاحبه ليساهم فى إطفاء حريق يهدد حياة الناس ... وهكذا.

❁ – إباحة كل ما يكون ضروريا لحفظ حياة الإنسان وسلامة بدنه ولا يُعَدُّ ذلك مجرد مانع من المسئولية، كما فى القوانين الوضعية

نرى أن يستثنى من الإباحة الجرائم الماسة بحياة الناس وسلامة أبدانهم، وأن يقتصر أثر الضرورة فيها على عدم المسئولية، للأسباب التى أوضحناها على البندين (**397**، **398**) وإن أجــاز الفقه التعزير برغم توافر الإكراه أو الضرورة – لكن الفعل يبقى معصية ومحرما.

ونؤيــد هنا إشارته إلى أن موقف الفقه أكثر دقة من القوانين الوضعية التى تسوى بــين جميع الجرائم فيما يتعلق بأثر حالة الضرورة ويَعُدُّونها دائما سببا لعدم المسئولية وليست من أسباب الإباحة.

<عوده> ٣٩٦ ـ *الجرائم التى ترتفع فيها العقوبة* : يرفع الإكراه التام العقوبة فى كل الجرائم الأخرى عدا ما سبق، مع بقاء الفعل محرما على أصله. وعلة ذلك أن المكره لا يـأتى الفعل راضيا عنه ولا مختارا له اختيارا صحيحا. والمرء لا يسأل عن فعله إلا إذا كـان داركـا مختـارا، فإذا انعدم الإدراك أو الاختيار فلا عقاب على الفاعل. فالسبب فى الإعفاء راجع إلى الشخص، لا إلى الفعل فى ذاته، ومن ثم رفعت العقوبة عن الفاعل وبقى الفعل محرما ...

وكل ما يشترط لرفع العقوبة عن المكره أن يكون الإكراه تاما، فإن كان ناقصا لم ترتفع العقوبة، ويستوى أن يكون الإكراه التام ماديا أو معنويا ...

ومـن الجرائم التى تدخل تحت هذا القسم القذف والسب والسرقة وإتلاف مال الغـير، فهـذه الجرائم وغيرها مما يدخل تحت هذا القسم لا عقاب عليها إذا أكره الإنسـان على إتيانها إكراها تاما، لقوله ﷻ : ﴿إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان﴾ [النـحل:١٠٦]. ولكـن تبقى الأفعال المكونة لهذه الجرائم محرمة لقوله ﷺ : "كل المسلم حرام دمه وعرضه وماله" ...

واختـلف الفقهاء فى زنا الرجل، فقال أبو حنيفة أولا : " إن الرجل لا يزنى إلا منتشـرا، والانتشـار دليل على الشهوة والاختيار، فإذا زنا فهو غير مكره وعليه العقوبـة ". ثم عدل أبو حنيفة عن هذا الرأي؛ لأن الانتشار قد يكون دليل الفحولية لا دليـل الاخـتيار[١]. وفى مذاهب مالك والشافعي وأحمد من يرى رأى أبى حنيفة الأول ولكـنهم قـلة ورأيهـم مرجوح. والرأى الراجح فى المذاهب الثلاثة هو أن الإكراه يعفى الرجل من عقوبة الزنا؛ لأن التهديد والتخويف يكون على ترك الزنا لا على إتيانه، والفعل فى ذاته لا يخاف منه فليس ثمة ما يمنع الانتشار[٢] ...

أمـا المـرأة المكرهة على الزنا فلا عقوبة عليها باتفاق، لقوله ﷺ: "رفع عن أمتى الخطـأ والنسيان وما استكرهوا عليه". وقد جرى العمل بهذا من عهد الرسول ﷺ حيث يروى أن امرأة استكرهت على عهده فدرأ عنها الحد، ولا فرق فى حالة المرأة بين الإكراه بالإلجاء أى أن تغلب على أمرها بقوة مادية وهو ما نسميه اليوم بالإكراه

---

(١) بدائع الصنائع ج/٧ ص / ١٨٠ ...

(٢) مواهب الجليل ج/٥ ص/٢٩٤، تحفة المحتاج ج/٤ ص/٩١، المغنى ج/١٠ ص/١٥٨ : ١٥٩ ...

﴿عوده﴾ المادي، وبين أن تكره بالتهديد وغيره وهو ما نسميه اليوم بالإكراه المعنوي.
ومـــن القضايا المشهورة قضية امرأة عطشت فاستسقت راعيا فأبى أن يسقيها إلا أن تمكـــنه من نفسها ففعلت، فلما رفع أمرها لعمر استشار عليا رضى الله عنهما، فأفتى على بأنها مضطرة ولا عقاب عليها لقوله ﷻ : ﴿فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه﴾ [البقرة:١٧٣] فلم يعاقبها عمر ...

حكـــم المســـئولية المدنيـــة : يسأل المكره مدنيا فى هذا القسم عن الأضرار التى أصـــابت غـــيره من الجريمة التى ارتكبها، ولو أنه معفى من عقوبتها؛ لأن القاعدة فى الشـــريعة أن الدمـــاء والأموال معصومة، أى أن الاعتداء عليها محرم، وأن الأعذار الشـــرعية لا تـــبيح عصمة المحل، أى أن ما عَدَّه الشارع عذرا للفاعل لا يبيح نفس الفعل المحرم، فإذا أعفى الفاعل من العقوبة فهو ملزم بتعويض غيره عن الأضرار التى سببها له بإنجاء نفسه من الهلكة والضرر ...

وتتفق الشريعة فى هذا القسم مع القوانين الوضعية الحديثة ولا تختلف عن القانون المصرى الذى ينص على رفع العقاب عمن ارتكب جريمة ألجأته إلى ارتكابها ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره، ولم يكن لإرادته دخل فى حلوله ولا فى قدرته منعه بطريقة أخرى [1] ...

والقوانين الوضعية وإن كانت ترفع العقوبة عن المكره إلا أنها تجعله مسئولا مدنيا عن الأضرار التى أحدثها بالغير شأنها فى ذلك شأن الشريعة ...

---

(١) يراجع نص المادة ٦١ من قانون العقوبات المصري.

❁ 396 – أثر الضرورة محصور فى انعدام المسئولية الجنائية فى غير حالة المطاعم والمشارب (أو الأفعال اللازمة لحماية الأرواح والأجسام حيث يترتب عليها الإباحة)، لوجوب القيام بكل ما يلزم لحماية حياة الإنسان :

إننا نوافقه على ما قرره من أن الإكراه أو الضرورة لا تبيح الفعل المحرم وإنما تعفى فقط من المسئولية الجنائية فى غير حالة ضرورة حماية الأرواح، وعلى ذلك، فإن المسئولية المدنية تبقى. وهو يؤكد أن الشريعة تتفق فى هذا مع الفقه الوضعى، وإن كان لها فضل السبق فى ذلك منذ قرون عديدة كما سبقت فى كثير من المبادئ التى يصفونها بأنها عصرية ...

والحال بخلاف ذلك بالنسبة لتناول المأكولات والمشروبات المحرمة أو أى فعل آخر يكون ضروريا لحماية الأشخاص أو سلامة أبدانهم، فإنه يباح؛ بل قد يصبح واجبا كما قدمنا فى البند السابق، ولذلك لا يكون هناك محل للمسئولية المدنية، إلا إذا وجد فعل آخر يستحق العقوبة كما أوضح فى البند السابق.

ونلاحظ أنه يعبر عن انعدام المسئولية بأنه "ارتفاع العقوبة" وعذره فى ذلك أن نصوص القانون المصرى ذاتها تستعمل هذه العبارة، فى حين أن الفقه المصرى يفضل الكلام عن المسئولية. أما موانع العقاب فهى حالات أخرى تكون فيها المسئولية قائمة وثابتة لكن يمتنع العقاب لسبب آخر، كما سيتضح فى كلامنا عن "العقوبة".

ولذلك فإن كلامه عن الزنا فى حالة الإكراه لا يدخل ضمن موانع العقاب، بل هو انعدام المسئولية بسبب عدم توافر الاختيار والإرادة الحرة.

﴿عوده﴾ ٣٩٧ـ *أساس نظرية الإكراه فى الشريعة* : بينا فيما سبق أساس حالة الإكراه المبيح للفعل، ونبين الآن أساس ما عداه من حالات الإكراه.

والظاهر من تتبع آراء الفقهاء أهم يرون أن الإكراه يعدم الرضا ولا يعدم الاختيار، فالمكره لا ينعدم اختياره إطلاقا وإنما يفسد فقط ويضيق مداه بحيث لا يستطيع أن يختار إلا بين أمرين: إما ارتكاب الجريمة وإما تعريض نفسه لوعيد المكره. وإذا كانت المسئولية الجنائية تقوم على اختيار، فإنها لا تنعدم إلا إذا انعدم الاختيار، ولا يُعَدّ الاختيار منعدما إذا انحصر وضاق مداه على الوجه السابق؛ لأن المكره يستطيع أن يختار على أى حال ...

والمكره حين يختار ارتكاب الجريمة يلحق الضرر بغيره، وحين يختار الوعيد يلحق الضرر بنفسه، وكلاهما أمر تأباه الشريعة، فهى تحرم على الناس الإضرار بالغير كما تحرم على الناس أن يلقوا بأيديهم إلى التهلكة. فالمكره حين يختار إنما يختار بين محرَّمين أو بين ضررين. وقد وضعت الشريعة قاعدتين لحكم هذه الحالة :

أولاهما : أن الضرر لا يزال بالضرر. ومقتضى هذه القاعدة أنه لا يجوز للإنسان أن يدفع الضرر بمثله، فليس له أن يدفع الغرق على أرضه بإغراق أرض غيره، ولا أن يحفظ ماله بإتلاف مال غيره، وليس للمضطر أن يتناول طعام مضطر آخر، وهكذا.

وثانيتهما : أن أخف الضررين يرتكب لاتقاء أشدهما. ومقتضى هذه القاعدة أنه إذا لم يكن بد من ارتكاب أحد الضررين، فيجوز للإنسان أن يرتكب أخفهما لدفع الأشد، ولا يجوز له أن يرتكب أشد الضررين لدفع أخفهما.

فتطبيق هاتين القاعدتين يوجب على المكره أن يأتى من الأمرين أمرا واحدا بعينه، فإذا أتاه فهو لا يختار فى الواقع، وإنما يضطر إلى إتيانه اضطرارا بحكم الإكراه أولا، ونزولا على حكم الشريعة ثانيا، وإذن فاختياره ينعدم تماما إذا نزل على حكم قاعدتى الضرر سالفتى الذكر فتنعدم المسئولية الجنائية لانعدام الاختيار وترتفع العقوبة. أما إذا خالف حكم قاعدتى الضرر ودفع الضرر بمثله، أو دفع الضرر الأخف بالأشد فقد اختار، وهذا الاختيار لا يعدم المسئولية الجنائية ولا يرفع العقوبة ولو كان مداه ضيقا.

وقد جاءت أحكام الإكراه فى الشريعة تطبيقا دقيقا لما سبق. فإذا قتل المكره غيره أو قطع طرفه، أو ضربه ضربا مهلكا، فإنما يفعل هذا ليدفع عن نفسه القتل أو ما

<عوده> يؤدى إلى القتل من قطع أو ضرب مهلك، وليس له أن يدفع الضرر بمثله أو بأشـد منه، فإذا فعل ذلك فقد اختار؛ وهذا الاختيار، على ضيق مداه لا يرفع عنه المسئولية الجنائية فيعاقب على القتل والقطع والضرب المهلك. أما ما عدا هذا من الجرائم كالسرقة والقذف والسب والزنا والتبديد وإتلاف الأموال فليس فيها ما يساوى التهديد بتلف النفس، فإذا ارتكب المكره الجريمة لينجى نفسه من الهلكة فإنه لا يدفع الضرر بمثله، وإنما يدفع أشد الضررين بأخفهما ولا يختار بين الضررين نزولا على حكم الشريعة، وإذن فهو مكره على إتيان الجريمة ولا خيار له فى إتيانها أو تركها، وإذا انعدم اختياره انعدمت المسئولية الجنائية وارتفعت عنه العقوبة ...

٣٩٨ ـ *بين الشريعة والقوانين الوضعية* : هذه هى نظرية الإكراه فى الشريعة ومن له إلمام بالقوانين الوضعية يرى أن نظرية الشريعة جمعت بين نظريتين يقول بهما شراح القوانين : إحداهما النظرية الشخصية، والثانية النظرية المادية، وقد جمعت نظرية الشريعة بين أفضل ما فى النظريتين القانونيتين وسلمت من عيوبهما، ذلك أن أصحاب النظرية الشخصية يرون أن أساس الإكراه هو انعدام حرية المكره فى الاختيار. أما أصحاب النظرية المادية فيرون أنه كان مختارا، وأن فكرة توافر الاختيار وانعدامه لا تصلح أساسا لتعليل الإكراه، والصحيح عندهم أنه فى حالة الإكراه يكون هناك تنازع بين حقين أو مصلحتين، وأن هذا التنازع يقتضى تضحية أحدهما ما دام أقل قيمة من الآخر، أما إذا تساوت قيمة الحقين أو المصلحتين أو زادت قيمة أحدهما فأصحاب النظرية ينقسمون بعضهم على بعض، فمنهم من يرى العقاب إذا تساوى ضرر الجريمة مع ضرر الإكراه أو زاد عليه، ومنهم من لا يرى العقاب فى أى حال؛ لأن الجريمة فى هذه الحالة لا تهم الجماعة؛ ولأن المجرم لا يُعَدُّ خطرا، وهو تعليل غير مقنع ولا يسوِّغ الجريمة على أساس قانونى[1] ...

(١) الموسوعة الجنائية ج/١ ص/ ٤٩٢، شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والسعيد مصطفى ص/ ٣٧٦ وما بعدها ...

❁ 397 ، 398 – أساس عدم المسئولية فى حالة الضرورة والإكراه

هو عيب فى الرضا والاختيار:

قدمنا من قبل أن سبب عدم المسئولية فى حالة الإكراه أو الضرورة هو وجود عيب فى الرضا ناتج عن عدم حرية الاختيار. وقد استطرد فقيهنا فى التمييز بين الرضا والاختيار – ويَعُدّ الرضا المعيب بسبب الإكراه والضرورة ناتجا فقط عن عيب فى الاختيار لا عن انعدامه، سواء فى النواحى المدنية أو الجنائية. لكننا نرى أن كلمة الاختيار إنما يقصد بها "حرية الاختيار"؛ فكل ما يقيد حرية الاختيار يُعَدُّ عيبا فى الرضا ويترتب عليه انعدام المسئولية الجنائية. وعلى ذلك، فإننا لا نجاريه فى القول بأن شريعتنا تخرج عن نطاق المذهب الشخصى فى المسئولية الجنائية، وإن كانت فى نطاق المسئولية المدنية تتسع لفكرة الضمان كما شرحها فى المتن وسماها النظرية المادية. فالضمان المدنى فى فقهنا مختلف فى أساسه عن المسئولية الجنائية، وقاعدة ارتكاب أخف الضررين هى قاعدة مدنية ولا نرى إدخالها فى نطاق المسئولية الجنائية. إننا نَعُدُّ أن الشخص الذى يكون مهددا بخطر يفسد رضاه ويعطل حريته فى الاختيار لا يُسأل جنائيا، لكننا أشرنا إلى بقاء المسئولية المدنية، وفى نطاقها يطبق هذا المبدأ.

إنه لاحظ أن الفقه يخص جرائم الاعتداء على حياة الإنسان وسلامة جسمه بحكم استثنائى فيوجب التعزير فى حالة ارتكابها نتيجة الإكراه أو الضرورة. ومعنى ذلك أن المسئولية هنا تكون قائمة رغم وجود "عيب" فى الارادة أو فى الاختيار. ومعنى ذلك أن هذا المبدأ يجعل المسئولية فى تلك الأحوال خارج نطاق ما يسمى بالمذهب الشخصى وتدخل فى نطاق المذهب المادى فى المسئولية.

وبذلك نرى أن فقهنا تحرر من الالتزام بفلسفة وضعية معينة، فأحكامه فى المسئولية الجنائية تجمع بين المذهب المادى فى جرائم الاعتداء على حياة الإنسان وسلامة بدنه لأهمية ردعها وخطورة ارتكابها على المجتمع الذى يقدس حياة الإنسان ويصون سلامة جسمه صيانة خاصة، أما فى غيرها من الجرائم كلها (المشار إليها فى نهاية البند 397) فإن الأصل المقرر يتفق مع المذهب الشخصى الذى يعفى من المسئولية لمجرد وجود عيب فى الرضا أو نقص فى حرية الاختيار.

۞ - فقهنا لا يلتزم بالنظريات الوضعية الشخصية منها أو المادية:

ونحـــن نقـــره عـــلى ما لاحظه من أن فقهنا تحرر من عيوب التطرف فى كل من الــنظريات الشخصية أو المادية، وإنه لذلك استطاع أن يستفيد من الاتجاهين بحسب خطـــورة الجريمة وعناية المشرع الإلهى بها. ونذكّر مرة أخرى بما قدمناه سابقا من أن شريعتنا تقدس حقوق الإنسان الأساسية وأولها حقه فى الحياة وفى سلامة البدن وهذا سبب تقرير القصاص عقوبة بدنية لمن يعتدى عليها عمدا ..

ولعـــل فى ذلـــك درســـا لمن يحاولون النيل من تشريعنا الجنائى جريا وراء الذين يـــرفعون شعارات غوغائية مثل معارضة العقوبات البدنية فى جميع الأحوال، أو إلغاء عقوبة الإعدام على مرتكبى جريمة القتل ... فى حين أن كثيرا من دعاة هذه "الموضة" مـــن أعـــوان الصهيونية و الإمبريالية يبيحون لأنفسهم إبادة شعوب كاملة لمجرد أنها مســـلمة أو عربية يريدون الاستيلاء على أوطانها وإسكان عناصر عميلة لهم فيها ... كما يحدث فى فلسطين وغيرها .

<عوده> ٣٩٩ - *الإكراه والضرورة* : ويلحق بالإكراه حالة الضرورة من حيث الحكم، ولكنها تختلف عن الإكراه فى سبب الفعل. ففى الإكراه يدفع المكره إلى إتيان الفعل شخص آخر يأمر المكره بإتيان الفعل ويجبره على إتيانه، أما فى حالة الضرورة فلا يدفع الفاعل إلى إتيان الفعل أحد، وإنما يوجد الفاعل فى ظروف يقتضيه الخروج منها أن يرتكب الفعل المحرم، لينجى نفسه أو غيره من الهلكة، كمن يركب مع آخرين قاربا مملوءا بالأمتعة يكاد يغرق لثقل حمولته فإن نجاة الركاب تقتضى تخفيف حمولة القارب وإلقاء بعض الأمتعة التى تثقله فى الماء. ومن الأمثلة على حالة الضرورة الجوع الشديد والعطش الشديد، فإن الجائع أو العطشان إذا لم يجد ما يأكله أو يشربه من طريق مباح هلك، وقد يندفع الجائع أو العطشان تحت تأثير الجوع والعطش إلى سرقة ما يسد رمقه أو يطفئ عطشه، كما قد يندفع إلى تناول طعام أو شراب محرم. ومثل ذلك يقال عمن كاد يهلك من البرد إذا أشعل نارا فى حطب آخر ليستدفئ أو أشعلها له غيره. ففى كل هذه الأحوال يوجد نفس الفاعل أو يوجد غيره فى حالة أو فى ظروف مهلكة فيندفع الفاعل إلى إتيان فعل محرم لإنجاء نفسه أو إنجاء غيره من الهلكة ...

٤٠٠ - *شروط حالة الضرورة* : يشترط لوجود حالة الضرورة أربعة شروط:

١ - أن تكون الضرورة ملجئة، بحيث يجد الفاعل نفسه أو غيره فى حالة يخشى منها تلف النفس أو الأعضاء ...

٢ - أن تكون الضرورة قائمة لا منتظرة، فليس للجائع أن يأكل الميتة قبل أن يجوع جوعا يخشى منه ...

٣ - ألاّ يكون لدفع الضرورة وسيلة إلا ارتكاب الجريمة، فإذا أمكن دفع الضرورة بفعل مباح امتنع دفعها بفعل محرم. فالجائع الذى يستطيع شراء الطعام ليس له أن يحتج بحالة الضرورة إذا سرق طعاما ...

٤ - أن تدفع الضرورة بالقدر اللازم لدفعها، فليس للجائع أن يأخذ من طعام غيره إلا ما يرد جوعه ...

399 ، 400 – أثر حالة الضرورة فى انعدام المسئولية :

كنا نفضل أن تُعَدَّ الضرورة هى الأصل وأن الإكراه هو الذى يلحق بها؛ لأنه ليس إلا ضـــرورة ناتجة عن فعل شخص آخر يهدد الشخص فيضطر لتفادى هذا التهديد بارتكاب الفعل المعاقب عليه .

لذلك فإن الأولى أن نلحق الإكراه بالضرورة...

وشروط حالة الضرورة هى شروط الإكراه الذى يترتب عليه عدم المسئولية،كما أشـــرنا قـــبل إلى أنهـــا عنصر من عناصر حالة الدفاع الشرعى، وشروطها فى جميع الأحوال واحدة.

وأهـــم ما يجب العناية به هو المبدأ المشهور: أن الضرورة تقدر بقدرها، أى أنها لا تعفـــى إلا من المسئولية عن الفعل الضرورى لدفع خطر حال. وكل تجاوز عن هذه الحدود تطبق عليه القواعد العامة.

﴿عوده﴾ ٤٠١ـ *حكم حالة الضرورة* : يختلف حكم حالة الضرورة باختلاف الجريمة، فهناك جرائم لا تؤثر عليها الضرورة، وجرائم تبيحها الضرورة، وجرائم ترتفع فيها العقوبة للضرورة ...

٤٠٢ـ *الجرائم التى لا تؤثر عليها الضرورة* : ليس للضرورة أثر على جرائم القتل والجرح والقطع، فليس للمضطر بأى حال أن يقتل غيره أو يقطعه أو يجرحه لينجى نفسه من الهلكة. فإذا كان جماعة فى قارب مشرف على الغرق لثقل حمولته فليس لأحدهم أن يلقى غيره فى الماء ليخفف حمولة القارب ولينجى نفسه وغيره من الهلكة، ولا يعفيه هذا إذا فعله من العقاب ...

ومن المتفق عليه أن الشخص الذى يحرم قتله أو جرحه أو قطعه هو الشخص المعصوم، أما المهدر فقتله مباح، بل هو واجب فى أكثر الأحوال ...

ويحرم مالك أكل لحم الإنسان فى حالة الضرورة ولو كان مهدرا، فمن جاع حتى أوشك أن يهلك ولم يجد إلا مهدرا فليس له أن يأكل من لحمه ما يرد جوعه سواء كان المهدر حيا أو ميتا، وهذا هو الرأى الراجح فى مذهب أبى حنيفه[1]...

ويجيز الشافعى وأحمد أكل لحم المهدر فى حالة الضرورة سواء كان المهدر حيا أو ميتا، ويوافقهما فى هذا بعض الحنفية، بل يبيح الشافعى وبعض الحنفية أكل لحم الميت المعصوم فى حالة الضرورة؛ لأن حرمة الحى أعظم من حرمة الميت، أما أحمد فيحرم أكل لحم المعصوم الميت[2] ...

ويبيح الشافعى للمضطر أن يقطع من جسمه فلذة ليأكلها فى حالة الضرورة إذا ظن السلامة مع القطع[3] ويخالفه فى هذا بقية الفقهاء ...

وليس للمضطر أن يأخذ من مضطر مثله ما يقيم حياته؛ لأنه أحق به حيث يساويه فى الضرورة وينفرد بالملك، فإن أخذه منه فمات فهو مسئول عن موته ويُعَدُّ قاتلا له بغير حق[4] ...

---

(١) مواهب الجليل ج/٣ ص/٢٣٣، حاشية ابن عابدين ج/٥ ص/ ٢٩٦ ...

(٢) المغنى ج/١١ ص/٧٩، أسنى المطالب ج/١ ص/٥٧١ ...

(٣) أسنى المطالب ج/١ ص/٥٧١ ...

(٤) المغنى ج/١١ ص/٨٠، مواهب الجليل ج/٦ ص/٢٤٠ ...

﴿عوده﴾ وللمضطر أن يأخذ ما يقيم حياته من غيره إذا لم يكن (هذا الغير) فى حاجة إليه، وإن احتاج الأمر إلى قتال قاتله عليه: فإن قتل المضطر فقاتله مسئول جنائيا عن قتله، ولا يُعَدُّ فى حالة دفاع، وإن قتله المضطر فهو هدر؛ لأنه ظالم بقتاله المضطر فأشبه الصائل. وليس للمضطر أن يقاتل على شيء كلما استطاع أن يأخذه بشراء أو استرضاء مهما تغالى صاحب الشيء فى الثمن؛ لأن المضطر لا يلزمه شرعا إلا ثمن المثل[1]. وهذا هو رأى مالك والشافعي وأحمد، ولا يختلف عن رأى أبي حنيفه إلا فى أنه يبيح للمضطر أن يقاتل الممتنع باليد لا بالسلاح[2] ...

٤٠٣ـ *الجرائم التى تبيحها الضرورة* : تباح الجريمة للضرورة إذا كانت الشريعة تنص على إباحتها فى حالة الضرورة، وهذا النوع من الجرائم خاص بالمطاعم والمشارب كأكل الميتة ولحم الخنزير وشرب الدم والنجاسات، فهذه الجرائم وأمثالها يباح إتيانها فى حالة الاضطرار باتفاق، وبشرط أن يقتصر الفعل المحرم على القدر الذى يسد الضرورة. فمن اضطره الجوع إلى أكل الميتة فله أن يأكل منها بقدر ما يسد رمقه ويأمن معه من الموت على رأي، أو بقدر ما يشبعه على رأى آخر، ولكن له أن يزيد على ما يشبعه إلا إذا كانت الضرورة مستمرة كما لو كان منقطعا فى صحراء[3] ...

وللمضطر التزود من الطعام أو الشراب المحرم إذا كان يعلم أن الضرورة مستمرة، بشرط ألاّ يطعمه ولا يشربه إلا إذا تجددت الضرورة[4] ...

وقد اختلفوا فى إتيان الفعل المحرم الذى يباح للضرورة، فقال البعض ورأيهم الراجح إن إتيان الفعل واجب على المضطر وليس حقا له، فالمضطر إلى الطعام أو الشراب يأثم إذا لم يأكل المحرم أو يشربه لقوله ﷻ :﴿ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة﴾ [البقرة:١٩٥]، ولقوله ﷻ: ﴿ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما﴾ [النساء:٢٩] .

---

(١) المغنى ج/١١ ص/٨٠، أسنى المطالب ج/١ ص/٥٧٢، مواهب الجليل ج/٣ ص/٥٧٢، مواهب الجليل ج/٣ ص/٢٣٤ ...

(٢) حاشية ابن عابدين ج/٥ ص/٢٩٦ ...

(٣) أحكام القرآن للجصاص ج/١ ص/١٣٠، أسنى المطالب ج/١ ص/٥٧٠، المغنى ج/١١ ص/٧٣ ...

(٤) مواهب الجليل ج/٣ ص/٢٣٣، أسنى المطالب ج/١ ص/٥٧٠، المغنى ج/١١، ص/٧٥ ...

<عوده> فوجـــب عـــلى الإنسان كلما قدر على إحياء نفسه بما أحله الله أن يتناوله ليحيي نفسه، ويرى البعض الآخر ورأيهم مرجوح أن إباحة الأكل والشرب رخصة للمضطر له أن يأتيها أو يتركها، فإتيان الفعل حق لا واجب[1]...

(١) أحكام القرآن للجصاص ج/١ ص/١٢٨ ...

401 – 403 – أثر حالة الضرورة فى المسئولية عن الأفعال الماسة بحياة الناس وسلامة أبدانهم :

قلنا سابقا (البند 393) بوجوب التعزير على من يعتدى على حياة إنسان حتى ولو ألجأتـه لذلك الضرورة أو الإكراه، وأيدنا الرأى القائل بأنه يكفى استبعاد القصاص والـتعزير عن تلك الجرائم مع أن الرضا معيب، وهذا استثناء لأن الأصل أن المبدأ العام هو انعدام المسئولية فى حالة عدم توافر حرية الاختيار والرضا. وهذا المبدأ العام يطـبق بالنسبة لجميع الجرائم ما عدا هذا النوع الذى تخصه شريعتنا بأحكام خاصة تحقـق أكـبر حمايـة ممكنة لحق الإنسان فى حياته وسلامة بدنه – وهذا اتجاه خاص بشريعتنا يميزها عن جميع القوانين الوضعية، ويشهد للشريعة الإلهية بتقرير حماية خاصة لحقوق الإنسان الأساسية .

ويكفـى لـتأكيد ذلك ما أورده عن قول بعض فقهائنا بتحريم أكل لحم الإنسان سواء كان حيا أو ميتا. ولذلك يعاقبون من يرتكب ذلك تعزيرا ولو كان مكرها أو فى حالة ضرورة.

ولكـن هناك من يخالفون هذا القول ويعللون معارضتهم بأن ذلك يجوز لمصلحة إنسان آخر حى وخاصة إذا كان ما أكله لحم إنسان ميت، لأن الحى أولى من الميت .

وبلغت الدقة فى فقهنا بأنهم تكلموا عن حكم من يقطع من جسمه ليأكل فى حالة الضرورة، واختلفوا فى ذلك على النحو المفصل فى البند .

كذلك تحدثوا عن جواز القتال للحصول على ما ينقذ حياة الإنسان، وعدم معاقبة مـن يضـطر لأخذ مال الغير إذا ألجأته الضرورة لذلك، واختلافهم فى ذلك يؤكد اتساع شريعتنا لتعدد الآراء الاجتهادية وتنوعها .

وقد كرر رأيه فيما يتعلق بالإهدار. ونحن نذكّر بأننا لا نوافق على عَدِّه سببا يبيح للأفراد الاعتداء على من سماهم مهدرين، وقد بينا حجة رأينا فيما سبق .

* * *

ليس من الضرورى وصف أكل الميتة والدم ولحم الخنزير بأنه جريمة جنائية – إذ إنـه فعـل محرم ديانة – وإذا كان فقهاؤنا يرون التعزير على مرتكبيها، فليس من الضـرورى أن يكون ذلك التعزير عقوبة جنائية، بل قد يكفى من التعازير ما يمكن وصفه بأنه تدبير إصلاحى وتهذيبى يتسع له مبدأ التعازير كما قدمنا.

❁ – إباحة المحرمات لإنقاذ حياة إنسان :

الأصل أن الضرورة فى التشريع والفقه هى سبب لمنع المسئولية وليست سببا من أسـباب الإباحـة. وهذه القاعدة يلتزم بها الفقه فى جميع الجرائم، فيما عدا الأفعال اللازمة لحماية حياة الإنسان وسلامة بدنه وخصوصا أكل أو شرب ما هو محرم، فإن الضرورة فى فقهنا تكون سببا لإباحة الفعل. وعبروا عن ذلك استثناء بأن الضرورات تبيح المحظورات .

وعلة هذا الاستثناء بأن الأكل أو الشرب أو أى فعل آخر ضرورى لحياة الإنسان وسـلامة بدنه يكون واجبا عليه أن يفعله لا مجرد حق. إن شريعتنا توجب عليه أن يـأكل ويشـرب ويعمل ما يحفظ عليه حياته وسلامة بدنه وما هو واجب يكون مباحا من باب أولى.

﴿عوده﴾ ٤٠٤ـ *الجرائم التى ترفع الضرورة عقوبتها* : وفيما عدا النوعين السابقين من الجرائم، فإن المضطر إذا أتى الجرائم الأخرى مدفوعا إلى ارتكابها بالضرورة فإنه يعفى من العقوبة مع بقاء الفعل محرما، ومثل ذلك سرقة الجائع الطعام أو الشراب، وإلقاء أمتعة الركاب فى البحر إذا أشرف المركب على الغرق ...

ويشترط للإعفاء من العقوبة أن يكون الفعل المحرم مما يرد الضرورة، فإذا لم يكن كذلك فلا إعفاء، فمن يسرق أمتعة من آخر ليبيعها ويشترى بثمنها طعاما لايستطيع أن يدعى أنه كان فى حالة ضرورة؛ لأن سرقة الأمتعة لا تدفع الضرورة مباشرة، أما من يسرق رغيفا فإنه يستطيع أن يقول إنه كان فى حالة ضرورة؛ لأن السرقة تؤدى مباشرة لدفع الضرورة ...

٤٠٥ـ *حكم المسئولية المدنية فى حالة الضرورة* : حكم المسئولية المدنية فى حالة الضرورة هو حكمها فى حالة الإكراه، فالمضطر مسئول مدنيا كلما كان فعله محرما ولو رفعت عنه العقوبة ولا مسئولية عليه كلما كان فعله مباحا ...

٤٠٦ـ *الأساس الشرعى لحالة الضرورة* : الأساس الشرعى لحالة الضرورة هو نفس الأساس الذى يقوم عليه الإكراه. ففى حالة عدم رفع العقاب يبقى الفعل معاقبا عليه لانعدام الإلجاء، وفى حالة الإباحة يباح الفعل لانتفاء علة التحريم، وفى حالة رفع العقاب يرفع العقاب لتحقق الإلجاء وانعدام الاختيار، وقد فصلنا القول فى ذلك كله فى أثناء الكلام على الإكراه ...

🏵 404 – 406 – الضرورة تقدر بقدرها وتمنع المسئولية الجنائية، لكن لا أثر لها على الضمان المدنى :

إذا كـــانت حالة الضرورة تمنع المسئولية الجنائية فذلك فى حدودها؛ فمن يتجاوز الحـــد اللازم لدفع الخطر الذى يهدده، فإنه يكون مسئولا طبقا للقواعد العامة ولا يجوز أن يحتج بحالة الضرورة أو الإكراه.

وإذا كـــانت الضـــرورة تعطل المسئولية الجنائية لمصلحة المضطر أو المكره، فهى تســـتلزم عدم مسئوليته جنائيا، لكنها لا تستلزم عدم دفع التعويض لمن أصابه ضرر مـــنها، لذلـــك فإنها لاتصل إلى حد إعفائه من التعويض والمسئولية المدنية، لأن هذا الإعفاء ليس لازما لدفع الخطر الذى كان يهدده .

وكما قدمنا، فإن أساس الإعفاء من المسئولية الجنائية هو عيب فى الرضا وانعدام حرية الاختيار، لكن المسئولية المدنية فى فقهنا تحررت من هذا الاعتبار الشخصى وقد ســـبقت شريعتنا إلى الأخذ بفكرة الضمان، أى التوازن بين المصالح، كأساس مادى للتعويض المدنى، وهذا هو ما وصلت إليه أحدث النظريات الوضعية الأوربية ... فى المسئولية المدنية .

أكـــثر مـــن ذلك فإننا رأينا أن فقهنا اعتمد هذا الاتجاه فى حالة المسئولية الجنائية الناتجة عن الضرورة التى تستلزم تناول طعام أو شراب محرم أو ارتكاب جريمة أخرى (عـــدا جرائم الاعتداء على الأشخاص)، فقد عَدَّ فقهاؤنا الضرورة سببا للإباحة فى هذه الحالة .

لكـــن السؤال هو عما إذا كانت الضرورة فى هذه الأحوال الاستثنائية تعفى من المسئولية المدنية – أى الضمان – أم لا ؟ ...

وهذا موضوع يدخل فى نطاق دراسة المسئولية المدنية ...

الفرع الثاني
فى السكر

<عوده> ٤٠٧ـ *الشـرب والسـكر*: تحرم الشريعة الإسلامية شرب الخمر لذاته سواء أسـكر أو لم يسـكر، وتُعَـدُّ جريمة الشرب من الحدود ويعاقب عليها بالجلد ثمانين جلدة..

وأجمـع الفقهـاء – ما عدا أبا حنيفه وأصحابه – على أن ما أسكر كثيره فقليله حرام سواء سمى خمرا أو كان له اسم آخر، وأن شرب القليل من أى مسكر معاقب عـليه ولو لم يسكر. ولكن أبا حنيفه يفرق بين الخمر وغيرها من المسكرات، ويرى العقاب على شرب الخمر سواء أسكر أو لم يسكر، أما ما عدا الخمر من المسكرات فلا يرى العقاب على تناوله إلا إذا أدى شربه إلى السكر فعلا ...

والخمر فى رأى أبى حنيفه هى عصير العنب النيئ[١] إذا غلا اشتد وقذف زبده[٢] أو طـبخ فذهب أقل من ثلثيه، وكذلك نقيع التمر والزبيب إذا اشتد بغير طبخ. أما عصـير العـنب إذا طبخ فذهب ثلثاه، ونقيع التمر والزبيب إذا طبخ وإن لم يذهب ثلثاه، ونبذ الحنطة والذرة والشعير وغيرها نقيعا كان أو مطبوخا فذلك هو المسكر[٣] لا يعاقب على مجرد شربه وإنما يعاقب على السكر منه ...

والمخـدرات عـلى اخـتلاف أنواعها كالحشيش والداتورة، وما أشبه لها حكم المسـكر، ولكـن لا يعاقب عليها بعقوبة الحد؛ لأنه ورد فى الخمر والسكر، والحد عقوبة مغلظة لا تقرر بالقياس، والمتفق عليه أن عقوبة تناول المخدارات هى التعزير...

تعريف السكر: ويعرف السكر بأنه: غيبة العقل من تناول خمر أو ما يشبه الخمر[٤]. ويُعَـدُّ الإنسان سكران إذا فقد عقله فلم يعد يعقل قليلا ولا كثيرا، ولا يميز الأرض من السماء ولا الرجل من المرأة، وهو رأى أبى حنيفه[٥]. ويرى محمد وأبو يوسف أن

---

(١) بدائع الصنائع ج/٥ ص/١١٢ ...

(٢) عصير العنب النيىء خمر عند محمد أبي يوسف قذف بالزبد أو لم يقذف به ...

(٣) المغنى ج/ ١٠ ص/ ٣٢٧ ...

(٤) يدخل تحت هذا التعريف المسكرات على رأى أبي حنيفة كما تدخل تحته كل أنواع المخدرات ...

(٥) بدائع الصنائع ج/٥ ص/ ١١٨ ...

﴿عوده﴾ السكران هو الذى يغلب على كلامه الهذيان، وحجتهما قوله ﷻ : ﴿يأيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون﴾ [النساء:٤٣]. فمن لم يعلم ما يقول فهو سكران، ورأيهما يتفق مع رأى باقى الأئمة[١] ...

(١) المغنى ج/١٠ ص/٢٣٥ ...

407 – السكر هو الذى يؤثر فى المسئولية – لكن بشروط :

الـــراجح فى الفقه أن شرب الخمر فى ذاته جريمة حتى ولو لم يترتب عليه سكر، وعقوبتها حدية على رأى وتعزير على رأى آخر، كما سنرى فى القسم الخاص.

لكن فيما يتعلق بالمسئولية ينحصر بحثنا فى السكر لا فى الشرب؛ فالذى يؤثر على المسئولية الجنائية هو فقد الوعى نتيجة السكر. وقد أشار إلى التعريفات المتعددة التى تدور حول هذه الفكرة.

أما إذا كان الجانى قد شرب ولكنه لم يفقد صوابه، فلا جدال فى أنه يكون مسئولا مسئولية كاملة عن أفعاله، ويعاقب إذا ثبت ارتكابه فعلا معاقبا عليه جنائيا، حتى ولو ثـــبت عليه الشرب وعوقب على ذلك، فمعاقبته على الشرب ليست دليلا على أنه كان فاقد الوعى أو سكرانا. ولا يشترط للعقاب على الشرب أن يؤدى إلى السكر على الرأى الراجح فى الفقه .

وقـــد استطرد للكلام عن عقوبة شرب الخمر ووصفها بأنها حد، ولحن لا نوافق عـــلى ذلـــك، لأن عقوبتها التعزير فى نظرنا، وهذا يتيح للفقيه والمقنن أن يحدد نوع العقوبة ومقدارها بحسب نوع المادة المسكرة أو المخدرة أو طريقة استعمالها أو الاتجار فيها أو تهريبها.

فكثير من التشريعات تضع عقوبة أقصى للاتجار فى المخدرات تصل إلى الإعدام. ثم إن تناول المخدرات يمكن أن يعاقب عليه بعقوبة أشد من تناول الخمر لأن نتائجها الصـــحية والاجتماعية فى نظر كثيرين أسوأ كثيرا من نتائج شرب الخمر، وقد يرى أولـــو الأمر وضع عقوبة تعزيرية أشد مما يقول به من يَعُدُّونهما حدا أقصاه أربعون أو ثمانون جلدة.

۞ التعزير يسمح لنا بتشديد عقوبة تناول المخدرات :

يهمنا القول بأن تناول المخدرات لا يعاقب عليها بالحد المقرر لشرب الخمر، لأنها عقوبـــة مخففة، فى حين أننا نرى ما يراه كثيرون من أن عقوبة تناول المخدر يجب أن تكـــون أشـــد مـــن عقوبة الحد للشرب خصوصا أننا نأخذ بمبدإ العقوبة على مجرد الشرب ولو لم ينتج عنه سكر ...

وللذلـــك نفضـــل فى رأينا أن تكون العقوبة فى الحالين تعزيرية حتى يمكن أن تقدر العقوبـــة حسب خطورة المادة المخدرة أو المسكرة، ولا يسوى بين جميع المسكرات والمخدرات، ولا نلتزم بعدد الجلدات التى يقررها من يقولون بالعقوبة الحدية.

<عوده> ٤٠٨ـ *السكر والمسئولية الجنائية*: الرأى الراجح فى كل من المذاهب الأربعة[١] أن السكران لا يعاقب على ما يرتكب من الجرائم إذا تناول المادة المسكرة مكرها، أو تناول المسكر مختارا وهو لا يعلم أنه مسكر، أو شرب دواء للتداوى فأسكره؛ لأنه ارتكب الجريمة وهو زائل العقل، فيكون حكمه حكم المجنون أو النائم وما أشبه ...

ويلحق بالإكراه حالة الاضطرار. فمن شرب الخمر مثلا وهو عالم بأنها خمر لدفع غصة فسكر منها ثم ارتكب جريمة فى أثناء سكره فإنه لا يعاقب عليها؛ لأنه مكره على تناولها. أما من يتناول المسكر مختارا بغير عذر، أو يتناول دواء لغير حاجة فيسكر منه، فإنه مسئول عن كل جريمة يرتكبها فى أثناء سكره سواء ارتكبها عامدا أو مخطئا، ويعاقب بعقوبتها؛ لأنه أزال عقله بنفسه، وبسبب هو فى ذاته جريمة فيتحمل العقوبة زجرا له، فضلا عن أن إسقاط العقوبة عنه يفضى إلى أن من أراد ارتكاب جريمة شرب الخمر، وفعل ما أحب فلا يلزمه شىء ...

وفى كل من المذاهب الأربعة رأى آخر مرجوح[٢] بل مهجور، وهو أن السكران لا يسأل عن تصرفاته سواء تناول المسكر مختارا أو مكرها أو غير عالم بأنه مسكر؛ لأن عقله كان زائلا وقت إتيان الفعل فلم يكن مدركا، والإدراك أساس المسئولية الجنائية فإذا فقد انعدمت المسئولية. ومصدر هذا الرأى عثمان رضى الله عنه، وهو أحد قولى الشافعي، وقد أخذ به قلة من الفقهاء فى كل مذهب، ولكنه كما قلنا رأى مهجور ...

٤٠٩ـ *السكر والمسئولية المدنية* : يسأل السكران مدنيا عن فعله ولو أعفى من العقاب لسكره، فالمسئولية المدنية لا ترتفع عن السكران بحال، ذلك أن الدماء والأموال معصومة أى محرمة طبقا للقاعدة العامة فى الشريعة، والأعذار الشرعية لا تبيح عصمة المحل، أى أن رفع العقوبة عن السكران بسبب عدم الإدراك لا يمنع من

---

(١) المغنى ج/٩ ص/٣٥٨ وج/١٠ ص/٣٢٥ ومابعدها، مواهب الجليل ج/٦ ص/٣١٧، تبصرة الحكام ج/٢ ص/٢٢٧، تحفة المحتاج ج/٤ ص/١١٨، المهذب ج/٢ ص/٨٢،١٨٥ : ٢٠٤، البحر الرائق ج/٥ ص/٢٥، شرح فتح القدير ج/٤ ص/١٧٨ ...

(٢) المراجع السابقة ...

﴿عوده﴾ مسئوليته مدنيا عن تعويض الأضرار التى سببها للغير؛ لأن عدم الإدراك إذا صلح سببا لرفع العقاب فإنه لا يصلح سببا لإهدار الدماء والأموال ...

٤١٠ـ *الشريعة والقوانين* : تتفق آراء شراح القوانين مع ما يراه الفقهاء فى الشريعة، وينقسمون أيضا قسمين : أقلية ترى ما يراه أصحاب الرأى المرجوح فى الشريعة من أن السكران لا يعاقب فى أى حال على ما يرتكبه من الجرائم، وأغلبية ترى ما يراه أصحاب الرأى الراجح فى الشريعة من رفع العقاب عن السكران إذا تناول المسكر مكرها أو غير عالم بأنه مسكر، ثم ارتكب الجريمة فى أثناء سكره، فإن تناول المسكر مختارا فإنه يعاقب على أى جريمة يرتكبها فى أثناء سكره ...

ويتفق نص القانون المصرى تمام الاتفاق مع الرأى الراجح فى الشريعة الإسلامية، فهو لايعاقب من ارتكب الفعل وهو فاقد الشعور لغيبوبة ناشئة عن عقاقير مخدرة أيا كان نوعها إذا أخذها قهرا عنه أو على غير علم منه بها ...

❁ 408 – 410 – السكر الناتج عن الشرب الاختيارى لا يمنع المسئولية الجنائية والسكر فى جميع الأحوال لا يمنع المسئولية المدنية :

على الرغم من أن المسئولية أساسها الإدراك الكامل والإرادة الحرة، وأن السكران يكون فاقد الوعى، فإن شريعتنا – كغيرها من الشرائع العصرية لا تعفى فاقد الوعى بسبب سكره الاختيارى من المسئولية الجنائية عن أى فعل ارتكبه وهو سكران فاقد الوعى؛ بل تكون مسئوليته كاملة ما دام قد "شرب" الخمر أو تناول المسكر أو المخدر باختياره، لأنه يعلم مقدما بأن شربه أو تناوله المخدر قد يؤدى إلى ارتكابه أفعالا محظورة. وإذا كان الفعل الذى ارتكبه عمديا، فإنه يكون مسئولا عن عقوبة الجريمة العمدية لأن ما وقع منه كان نتيجة احتمالية للشرب الاختيارى، وهذا يؤيد ما قلناه عن ميزة الشريعة الإسلامية التى لا تقر ما تقول به المذاهب الفلسفية من الالتزام بالاتجاه الشخصى أو المادى. وقد رأينا أن شريعتنا تأخذ بالاتجاه الشخصى فى حالات معينة وفى حالات أخرى تؤثر الاتجاه المادى لا فى المسئولية الجنائية فقط بل فى المسئولية المدنية أيضا[1].

الحالة الوحيدة التى قد تمتنع فيها المسئولية الجنائية بسبب السكر، هى إذا كان تناول المخدر أو المسكر نتيجة إكراه أو اضطرار أو خطإ.

وهنا يمكن القول بتطبيق المذهب الشخصى الذى يربط المسئولية الجنائية بحرية الاختيار وشرط الرشد العقلى.

* * *

ذكرنا فى كلامنا عن الإكراه وحالة الضرورة أنه فى فقهنا نجد أن المسئولية المدنية لا ترتبط بالمسئولية الجنائية، وهذا يسرى هنا فى حالات الشرب والسكر. فالمتفق عليه أن التعويض المدنى واجب دائما ولا يمنع من المسئولية المدنية وجود حالة السكر أو المخدر أيا كان سبب حدوثها ... حتى ولو كانت هناك حالات تمتنع فيها المسئولية الجنائية عن السكران إذا كان سكره نتيجة خطإ أو إكراه أو جهل.

وما قاله فقهاؤنا فى هذا الشأن هو ما وصلت إليه القوانين الوضعية والفقه العصرى بعد عدة قرون ...

ولا قيمة فى نظرنا للرأى الذى نسبه للمذاهب التى ترى أن السكران لا يكون مسئولا حتى ولو تناول المسكر أو المخدر طائعا مختارا متعمدا – بحجة أنه لم يتوافر لديه الوعى اللازم للمسئولية الجنائية ...

---

[1] يراجع تعليقاتنا على البنود 396 ، 401 ، 402 فيما سبق .

الفرع الثالث

الجنون

﴿عوده﴾ ٤١١ـ *تمهيد* : تَعُدُّ الشريعة الإنسان مكلفا أى مسئولا مسئولية جنائية إذا كان مدركا مختارا، فإذا انعدم أحد هذين العنصرين ارتفع التكليف عن الإنسان. ومعنى الإدراك فى المكلف أن يكون متمتعا بقواه العقلية، فإن فقد عقله لعاهة أو أمر عارض أو جنون فهو فاقد الإدراك ...

والمرء قد يولد فاقدا لقواه العقلية، وقد يولد متمتعا بهذه القوى، وقد تنمو قواه العقلية مسايرة نمو جسمه، وقد يعترضها ما يوقف نموها من مرض أو عاهة فينمو الجسم إلى آخر أطوارها الأولى، وقد يبلغ الإنسان رشيدا متمتعا بقواه العقلية ولكن يطرأ عليه مرض يذهب بقواه العقلية كلها أو بعضها. ففقدان القوى العقلية ليس له وقت ولا أوان .

وفقدان القوى العقلية قد يكون تاما ومستمرا ويسمونه جنونا مُطْبِقًا، وقد يكون تاما وغير مستمر ويسمونه جنونا متقطعا، وقد يكون جزئيا فيفقد الإنسان قدرة الإدراك فى موضوع بعينه، ولكنه يظل متمتعا بالإدراك فيما عداه، وهذا ما يسمونه الجنون الجزئي، وقد لا تفقد القوى العقلية تماما، ولكنها تضعف ضعفا غير عادي، فلا ينعدم الإدراك كلية، ولا يصل فى قوته إلى درجة الإدراك العادى للأشخاص الراشدين، وهذا ما يسمونه بالعته أو البله. وهناك مظاهر أخرى لفقدان القوى العقلية اصطلح على تسميتها بأسماء معينة، ولكنها جميعا تقوم على أساس واحد هو انعدام الإدراك فى الإنسان. وحكم هذه الحالات جميعا واحد على تعدد مظاهرها واختلاف مسمياتها، وهو أن المسئولية الجنائية تنعدم كلما انعدم الإدراك، فإذا لم ينعدم فالمسئولية قائمة ...

٤١٢ـ *تعريف الجنون* : ونستطيع بعد ماسبق أن نعرف الجنون، بأنه زوال العقل أو اختلاله أو ضعفه، وهو تعريف يشمل الجنون والعته وغير ذلك من الحالات المرضية والنفسية التى تؤدى لانعدام الإدراك. وسنبين فيما يلى حالات الجنون وما يلحق بها.

⟨عوده⟩ ٤١٣ـ **الجنون المطبق** : الجنون المطبق هو الذى لا يعقل صاحبه شيئا أو هو الجنون الكلى المستمر، ويستوى أن يكون عارضا للإنسان أو أن يكون مصاحبا له من يوم ولادته. ويسمى بالجنون المطبق إما لأنه يستوعب كل أوقات المجنون، وإما لكونه جنونا كليا لا يفقه صاحبه شيئا. ويعبر بعض الفقهاء عن المجنون جنونا مطبقا بالمجنون المغلوب، ولكن البعض يرى أن المجنون المغلوب هو من كان جنونه مستمرا سواء كان جنونه كليا بحيث لا يعقل شيئا ما، أو كان جنونه جزئيا بحيث يعقل بعض الأشياء دون البعض الآخر...

٤١٤ـ**الجنون المتقطع** : هو الذى لايعقل صاحبه شيئا، ولكنه جنون غير مستمر فهو يصيب الشخص تارة ويرتفع عنه أخرى، فإذا أصابه فقد عقله تماما، وإذا ارتفع عنه عاد إليه عقله، فهو نفس الجنون المطبق لا يفترق عنه إلا فى الاستمرار. فالجنون المتقطع يفقد صاحبه الإدراك فى حالة وجوده، فلا يكون مسئولا جنائيا، فإذا انقشع عنه عاد الإدراك وصار مسئولا جنائيا عما يرتكبه من جرائم فى حالة إفاقته، بعكس المجنون جنونا مطبقا، فإنه لايسأل جنائيا؛ لأن جنونه تام ومستمر

وإذا أفاق صاحب الجنون المتقطع إفاقة جزئية، بمعنى أنه لا يدرك إدراكا تاما فى حالة أو فى حالات معينة، ولكنه يدرك إدراكا تاما فيما عدا ذلك، فحكمه فى حالة الإفاقة الجزئية حكم صاحب الجنون الجزئى...

وإذا أفاق صاحب الجنون المتقطع ولكنه كان فى إفاقته ضعيف الإدراك بصفة عامة فحكمه فى هذه الحالة حكم المعتوه ...

٤١٥ـ **الجنون الجزئى** : إذا لم يكن الجنون كليا وكان قاصرا على ناحية أو أكثر من تفكير المجنون بحيث يفقده الإدراك فى هذه الناحية أو هذه النواحى فقط مع بقائه متمتعا بالإدراك فى غيرها من النواحي، فهذا هو الجنون الجزئى ...

والمجنون جزئيا مسئول جنائيا فيما يدركه، وغير مسئول فى النواحى التى ينعدم فيها إدراكه ...

وقد يكون الجنون الجزئى متقطعا ينتاب المريض حينا ويرتفع عنه حينا آخر، فإذا ارتفع الجنون صار المريض مسئولا جنائيا عما يرتكبه من جرائم فى حالة إفاقته، وقد يكون الجنون الجزئى مستمرا ويسمى البعض المجنون فى هذه الحالة بالمجنون المغلوب؛ لأنهم يرون أن المجنون المغلوب هو من كان جنونه مستمرا سواء كان كليا أو جزئيا، والتسمية على كل حال لا أهمية لها؛ لأن العبرة فى انعدام المسئولية بفقد الإدراك لا بالتسمية، فالمجنون غير مسئول كلما انعدم إدراكه ...

❀ 411 - 415 – الجنون درجات تؤثر كل منها علي المسئولية بقدر أثرها علي العقل :

أســـاس البحث فى تأثير الجنون على المسئولية الجنائية هو أن شرط المسئولية أن يكـــون الشـــخص عاقلا؛ لأن غير المتمتع بقواه العقلية لا يكون مكلفا، ومن يكون ناقص القدرة العقلية تكون مسئوليته محدودة وناقصة بقدر نقص قواه العقلية.

وعـــلى ذلك فإن الجنون ليس حالة واحدة، بل له عدة أحوال يختلف مدى أثرها عـــلى المسئولية بقدر أثرها على العقل والإرادة. ولذلك فإن ما يسمى بفقد القوى العقلية له أنواع وأسماء متعددة تختلف حسب مدى تأثيرها على ملكة العقل والتفكير السليم.

* * *

تكون المسئولية منعدمة تماما فى أشد حالات فقد العقل والإرادة بسبب ما يسمى بالجنون الكلى أو المطبق أو المستمر.

لكن يوجد إلى جانب ذلك حالات يكون المرء فيها فاقد العقل تماما فترة ثم يفيق بعدها، وتكون إفاقته كاملة، وفى هذه الحالة تمتنع مسئوليته فقط فى الفترة التى يكون فيها فاقد العقل. وفقد العقل له درجات: فهناك حالات يكون كاملا، وهناك حالات يكون فقد العقل فيها جزئيا وليس تاما.

فى الحـــالات التى يكون فيها الشخص فى حالة جنون، لكنه جنون جزئى، تكون مســـئوليته جزئية كذلك أى أنه يعفى من المسئولية عن الأفعال التى تدخل فى نطاق جنونه الجزئى أو بالأصح يقرر له التدبير الذى يناسب حالته وليس من الضرورى أن يكون عقوبة جنائية.

وعلى العموم فإن الطب هو الذى يفصل فى مقدار القوة العقلية – وليس القرار ســـهلا دائما – لكن هنا نكتفى بالمبدإ، فكما أن الضرورة تقدر بقدرها، فإن الجنون كذلـــك يكون أثره بمقداره من حيث الوقت ومن حيث مداه فى التأثير على القدرة العقلية أو سلامة الفكر.

<عوده> ٤١٦ـ *العته* : يعرف الفقهاء المعتوه بأنه : من كان قليل الفهم، مختلط الكلام، فاسد التدبير سواء كان ذلك ناشئا من أصل الخلقة أو لمرض طرأ عليه، ويفهم من هذا التعريف أن العته أقل درجات الجنون، ويمكن القول بأن الجنون يؤدى إلى زوال العقل أو اختلاله، أما العته فيؤدى إلى إضعافه ضعفا تتفاوت درجاته، ولكن إدراك المعتوه أيا كان لا يصل إلى درجة الإدراك فى الراشدين العاديين ...

وأكثر الفقهاء يسلمون بأن العته نوع من الجنون، وبأن درجات الإدراك تتفاوت فى المعتوهين، ولكنها لا تخرج عن حالة الصبى المميز، ولكن بعض الفقهاء يرون أن بعض المعتوهين يكونون من حيث الإدراك كالصبى غير المميز وبعضهم كالصبى المميز، وأصحاب هذا الرأى لا يجعلون فرقا بين الجنون والعته إذا كان المعتوه فى أقل درجات التمييز، ولذلك فرقوا بين الجنون والعته بأن الأول يصحبه اضطراب وهيجان، والثانى يلازمه الهدوء ولكن حقيقتهما واحدة ...

وسواء صح هذا الرأى أو ذاك فهى مسميات لحقائق واقعة ومعبرة بالواقع لا بالمسمى؛ لأن فاقد الإدراك معفى من العقاب سواء سمى معتوها أو مجنونا أو كان له اسم آخر ...

٤١٧ـ *الصرع والهيستريا وما أشبه* : هناك حالات عصبية تظهر على المرضى بها فيفقدون شعورهم أو اختيارهم كما يفقدون إدراكهم ويأتون بحركات وأعمال وأقوال لا يعونها ولا يدركون حقيقتها، وهذه الحالات المرضية لم يتعرض لها فقهاء الشريعة بصفة خاصة، ولعل السر فى ذلك أن العلوم النفسية والطبية لم تكن وصلت إلى ما هى عليه اليوم من التقدم، لكن هذه الحالات على اختلافها يمكن استظهار حكمها بسهولة إذا طبقنا عليها قواعد الشريعة العامة.

والمصاب بالصرع تأخذه حركات تشنجية بعد أن يفقد الإدراك والاختيار، وقد يرتكب وهو فى هذه الحالة أعمالا إجرامية دون أن يشعر بما حدث منه بعد إفاقته ...

والمصاب بالهستيريا تنتابه حركات تشنجية، فإذا عاودته راح يهذى دون وعي. والمريض بالملاخوليا يتصور الأمور على غير حقيقتها ويدعوه هذا التصور المغاير للواقع إلى إتيان أمور لا مبرر لها ...

﴿عوده﴾ وهـؤلاء المرضـى وأمثالهم حكمهم حكم المجنون إذا كانوا وقت ارتكاب الحـادث فـاقدى الإدراك أو كان إدراكهم ضعيفا فى درجة إدراك المعتوه، ويأخذ هؤلاء المرضى حكم المكره إذا كانوا متمتعين بالإدراك، ولكنهم فاقدو الاختيار، فإن لم يفقدوا إدراكهم ولا اختيارهم فهم مسئولون جنائيا عن أعمالهم ...

٤١٨ ـ *تسـلط الأفكـار الخبيثة* : ويـلحق بالجنون ما يسمونه فى عصرنا الحاضر تسـلط الأفكـار الخبيثة وهى حالة مرضية تنشأ عن ضعف الأعصاب أو الوراثة، ومظهـرها وقوع الإنسان تحت سلطان فكرة معينة، والشعور القوى الذى لا يدفع بالرغبة فى إتيان فعل معين استجابة للفكرة المتسلطة، كمن يعتقد أنه مضطهد، أو أن أناسا يريدون قتله أو تسميمه، فيشعر بالرغبة الجامحة فى قتل من يتوهم أنه يريد قتله أو الانـتقام مـنه، وقد يأتى المريض الفعل استجابة لميل غريزى جامح لا تحت تأثير فكرة متسلطة عليه ...

وحكـم المرضى من هذا النوع إلحاقهم بالمجانين إذا كانوا يأتون الفعل وهم فاقدو الإدراك أو كـان إدراكهـم من الضعف بحيث يساوى إدارك المعتوه، فإن لم يكونوا كذلك فهم مسئولون جنائيا ...

٤١٩ ـ *ازدواج الشخصية* : هى حالة مرضية نادرة تصيب الإنسان فيظهر فى بعض الأحيان بغير مظهره العادي، وتتغير أفكاره ومشاعره وقد تتغير ملامحه، ويأتى أعمالا ما كان يأتيها وهو فى حالته العادية، ثم تزول الحالة الطارئة فلا يذكر شيئا مما حدث له بعد أن يعود إلى حالته الطبيعية ...

وحكم هذه الحالة أنه يُعَدّ مجنونا إذا لم يدرك ما يفعل؛ لأنه كان فاقدا عقله وقت ارتكاب الفعل ...

416 - 419 العته وغيره من الأمراض، التي تؤثر على العقل والإرادة:

يقصد بالعته نوع من الجنون يكون المرء فيه ضعيف الإرادة والإدراك وتطبق عليه القاعدة التى أشرنا إليها وهى أن المسئولية تكون على قدر ما لديه من عقل وإدراك.

وقد تنوعت الأمراض التى تؤثر على العقل والإرادة وتعددت صورها وذكر منها الصرع والهستيرية. والقاعدة الأساسية هى ما أشرنا إليه بأن المسئولية تكون محدودة بحدود العقل والإدراك ومداه، وأن الخبراء والإخصائيين هم الذين يقدرون ذلك .

* * *

لا يهمـــنا أسمـــاء الأمراض وكل ما يهمنا هو مدى تأثيرها على الإرادة والعقل. والمبدأ العام هو أن المسئولية تكون فى حدود ما لدى الشخص من الإرادة والعقل ولا تتجاوزه لا من حيث الزمان ولا من حيث مدى تأثيرها على عقل المرء وإرادته.

وهـــذا المبدأ يطبق على ما يسمى الصرع أو الهيستيرية أو غيرها، ويطبق كذلك عـــلى الأمـــراض والحـــالات التى وصفها بتسلط الأفكار الخبيثة (وعبر عنها بالعقد النفسية) أو ازدواج الشخصية، وكما قدمنا فالأطباء هم الذين يحكمون على مقدار أثر المرض على العقل والإرادة .

﴿عوده﴾ ٤٢٠ ـ *ضعف التمييز*: هناك أشخاص يرتفع إدراكهم عن إدراك المجنون والمعتوه ولكنه ينقص عن إدراك الإنسان الكامل، وهم على ضعف إدراكهم سريعو الاندفاع، ولكنهم حين يأتون الجريمة يأتونها وهم مميزون مدركون لأفعالهم، وهذا الإدراك الناقص نوعا لا يعفى من العقاب طبقا لقواعد الشريعة العامة، وهو كذلك لا يعفى من العقاب فى القوانين الوضعية. ويرى بعض الشراح تخفيف العقوبة بعَدِّ الفاعل معذورا، ولكن البعض الآخر يرى تشديد العقوبة؛ لأن العقوبة الشديدة هى التى تردع أمثال هؤلاء وتصرفهم عن ارتكاب الجرائم. ولا تسمح قواعد الشريعة بالأخذ بفكرة التخفيف إلا فى جرائم التعازير، أما جرائم الحدود والقصاص فلا يصح فيها تخفيف العقوبة ولا استبدال غيرها بها لخطورة هذه الجرائم واتصالها الشديد بحياة الأشخاص وأمن الجماعة ونظامها.

٤٢١ ـ *الصم البكم* : الصم البكم مسئولون جنائيا عن جرائمهم كلما كانوا متمتعين بالإدراك والاختيار وقت ارتكابها، فإذا أثرت حالتهم على إدراكهم بحيث يمكن عَدُّهم مجانين أو معتوهين فلا مسئولية عليهم .

ويرى أبو حنيفة وأصحابه درء الحدود عن الصم والبكم والاكتفاء بتعزيرهم ولو أقروا بالجريمة؛ لأن الصمم والبكم شبهة؛ ولأن إقرارهم يقوم على الإشارة، وقد يقصد بالإشارة غير المعنى الذى فهم منها؛ ولأن الأصم الأبكم لو استطاع أن ينطق لدفع التهمة أو جرح الشهود .

ويخالف مالك والشافعى وأحمد رأى أبى حنيفة، ويأخذون بإقرار الأبكم ما لم يكن فى الإشارة شبهة ولا يرون درء الحد عنه للصمم والبكم.

٤٢٢ ـ *الحركة النومية* : يأتى بعض الناس أفعالا وهو نائم دون أن يشعر ويغلب أن تكون الحركات التى يأتى بها النائم ترديدا للحركات التى اعتاد أن يأتيها فى اليقظة، ولكن يحدث أن يأتى بحركات مخالفة لا علاقة لها بالحركات التى يأتيها وهو متيقظ .

ويعللون حركة النائم من الناحية العلمية بأن ملكات الإنسان جميعا لا تتأثر بنومه، بل يهجع بعضها ويظل البعض متنبها بدرجات مختلفة، ويحدث عند من تنتابهم هذه الحالة أن تنتبه فيهم بعض الملكات بدرجة غير عادية فتؤدى وظائفها العادية دون أن يشعر النائم بذلك، فيتحرك أو يكتب أو يأتى أعمالا أخرى، ثم تزول حالة التنبه الطارئة فيعود النائم إلى حالته الطبيعية ولا يشعر بعد اليقظة بما حدث منه أثناء النوم...

〈عوده〉 والقـــاعدة العامة فى الشريعة أن لا عقاب على النائم لقول النبى ﷺ : "رفع القلم عن ثلاثة : عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصغير حتى يبلغ، وعن المجنون حتى يفيـــق". وإذا كـــان الحديث قد جمع بين حالة النوم وحالة الجنون وجعل حكمهما واحدا، فإن الفقهاء يلحقون حالة النوم بالإكراه ولا يلحقونها بالجنون، ولعل الحكمة فى هذا هى أن النائم المتيقظ يتمتع بالإدراك، وإنما يفقد فقط الاختيار، فهو يعمل ما يعمل دون أن يقصد عمله، وهو وقت العمل لا يفقد إدراكه بدليل أنه لا يأتى أعماله اعتباطا ويميز بين الضار والنافع، ولا يأتى أعمالا تضر به ...

وشـــراح القانون الوضعى يتكلمون عن هذه الحالة إذا تكلموا عن الجنون على أساس أن النائم يكون فاقد الإدراك والاختيار معا، وأن ميوله هى التى تحرك عضلاته دون أن يرى ما يفعل ببصره أو بعقله...

ويـــلوح لى أن إلحـــاق هذه الحالة بالإكراه أقرب للمنطق من إلحاقها بالجنون حتى لوصـــح أن الـــنائم يفقد إدراكه أيضا؛ لأن المكره مع تمتعه بالإدراك والإرادة لا يعمل بعقلـــه ولا بإرادته، وإنما يعمل مدفوعا بإرادة غيره وعقل غيره، وقد تحركه قوة مادية خارجيـــة فـــلا يغنى عنه عقله ولا إرادته شيئا. والنائم المتيقظ أشبه شىء بالمكره فهو متمتع بالإدراك والاختيار، ولكنهما لا يغنياه شيئا وقت الحركة النومية ...

وليـــس ثمة فرق عملى بين الشريعة والقوانين الوضعية فى هذه المسألة بالرغم مما ذكـــرنا؛ لأن الإكـــراه فى الشـــريعة يرفع العقوبة وكذلك الجنون، وحكم الإكراه والجـــنون فى القوانين الوضعية أنهما يرفعان أيضا العقوبة، فسواء عَدَدْنا النائم مكرها أو مجنونا فهو غير معاقب على ما يأتيه من جرائم فى أثناء نومه ...

٤٢٣ـ *التـنويم المغناطيسى* : هو حالة من حالات النوم الصناعى يقع فيها شخص بـــتأثير آخـــر بحيث يصبح النائم تحت تأثير المنوم يفعل كل ما يأمره بفعله سواء وقت الـــنوم أو بعد اليقظة، وينفذ النائم عادة هذه الأوامر بشكل آلى فلا يشعر بما فعل تلبية للأمـــر الصادر إليه إذا أتى الفعل فى أثناء النوم، ولا يستطيع مقاومة إيحاء الآمر إذا أتى الفعل بعد اليقظة، ولم يعرف بعد بصفة قاطعة الكيفية التى يسيطر بها المنوم على النائم، وإن كان بعض الأطباء يرى أن النائم يستطيع أن يقاوم الإيحاء الإجرامى ...

وإذا طبقنا قواعد الشريعة على هذه الحالة وجب أن نلحقها بحالة النوم الطبيعي، ومن ثم يكون النائم مكرها ويرتفع عنه العقاب للإكراه إذا ارتكب جريمة من الجرائم

﴿عوده﴾ التى يرفع فيها الإكراه العقاب، والواقع أنه يصعب إلحاق التنويم المغناطيسى بالجنون؛ لأن النوم الصناعى الذى يقع فيه النائم لايسلبه الإدراك، وإنما يسلبه فقط الاختيار...

وآراء أغلب شراح القوانين تتفق مع الشريعة فى عَدِّ التنويم المغناطيسى إكراها وإن كانوا يتكلمون عنه عادة بمناسبة الكلام على الجنون ...

هذا هو حكم التنويم المغناطيسى إذا كان النائم قد نام مرغما أو قبل أن ينام وهو لا يفكر فى ارتكاب الجريمة. أما إذا كان النائم يعلم أن المنوم يقصد من تنويمه أن يوحى إليه بارتكاب جريمة أو يشجعه على ارتكابها ثم قبل أن ينام، فإن النائم فى هذه الحالة يُعَدُّ متعمدا ارتكاب الجريمة، وما كان التنويم إلا وسيلة من الوسائل التى تساعده على ارتكابها، فهو مسئول عن فعله طبقا لقواعد المسئولية العامة، وفى هذا تتفق الشريعة الإسلامية مع القوانين الوضعية تمام الاتفاق ...

❁ 420 - 423 – حالات أخرى - لا تعدم الإرادة والوعي :

ليـــس ضـــعف التمييز مرضا بل حالة توقف نمو العقل عند حد أقل من المستوى العـــادى، وهنا يطبق المبدأ العام وهو المسئولية على قدر ما لدى الشخص من عقل وإرادة.

يؤسفنا أنه يكرر قوله بأن الحدود والقصاص لا أثر فيهما للظروف المخففة، وهذا تجـــاهل تام لمبدإ درء الحدود (والقصاص) بالشبهات. فلا شك في نظرنا فى أن نقص الإدراك قـــد يكون مجرد شبهة تستوجب استبعاد العقوبات المقدرة، وهذا يُعَدّ تخفيفا لأنه يستبعد عقوبة قصوى وقد يستبدل بها التعزير وبذلك يرجع للأصل وهو التعزير بدلا من الحد أو القصاص إذا لم تنعدم مسئوليته تماما.

وهـــو يقرر بأن التعزير تراعى فيه جميع الظروف عند اختيار التدبير الذى يصلح لكـــل مـــتهم، ويمكـــن أن يصل كما قلنا إلى تدابير الوقاية والإصلاح والعلاج فى مستشفيات متخصصة الذى هو أشد من السجن لكنه ليس سجنا ولا عقوبة ... ولا جزاء بل هو علاج وإصلاح.

* * *

ونحن نؤيد رأى الأمام / أبي حنيفة – فى أن حالة الأصم الأبكم توجد شبهة تمنع تطبيق الحدود والقصاص، لكن تبقى التعازير، وفيها متسع لتقدير ما يمكن اتخاذه من تدابير تلائم كل حالة كما قدمنا. فقد يكون العلاج أفضل من العقاب.

* * *

ولا نوافـــق على استعماله عبارة "رفع العقوبة"، ويقصد بها عدم المسئولية؛ وهو يذكـــر حالـــة النوم وهو فى نظرنا سبب مستقل لعدم المسئولية دون حاجة لإلحاقه بالإكراه أو الجنون – لأن النائم فاقد الوعى والإدراك – لكن الحال يختلف بالنسبة للتنويم المغناطيسى لأنه ينتج عن فعل شخص آخر هو المنوِّم – ولذلك فإنه نوع من الإكراه فى نظرنا ويسرى عليه أحكامه.

وفى حالـــة ما إذا كان المنوم مغناطيسيا قد قصد ارتكاب الجريمة قبل نومه، وكان يعـــلم أن المـــنوم سيأمره بارتكابها وهو نائم وقبل ذلك فعلا – فإنه يكون فى نظره مسئولا مسئولية كاملة عن الجريمة – ويبقى المنوم الذى أمره بارتكابها مسئولا بصفته فاعلا أصليا كذلك كما هو الشأن بالنسبة لحالة الشريك بالتحريض الذى يُعَدُّ فاعلا أصـــليا فى الجريمة إذا كان قد استغل انعدام إرادة الفاعل وموافقته وأمره بارتكابها، فكلاهما يكون فاعلا أصليا فى نظرنا .

<عوده> ٤٢٤ـ *هياج العواطف* : إذا كـان الإنسان متمتعا بالإدراك والاختيار، ثم ارتكب جريمة، فهو مسئول عنها جنائيا ولو كان قد ارتكب الجريمة تحت تأثير عاطفة قويـة، ويستوى أن تكون العاطفة شريفة أو دنيئة. فمن دفعه حب الانتقام أو شدة الكراهية لقتل شخص فهو مسئول أيضا عن قتله، فالعواطف القوية مهما بلغت قوتها لا أثـر لهـا على المسئولية الجنائية، وإنما قد يكون لها فى الشريعة أثر فى العقوبة إذا كـانت العقوبـة تعزيرا، أما إذا كانت حدا فلا أثر للعاطفة على المسئولية ولا على العقوبة ...

والغضب الشديد أو الاستفزاز لا تَعُدُّه الشريعة مسوِّغا لارتكاب الجريمة ولا مانعا مـن المسـئولية الجنائية، وإنما قد يكون لهما أثر على العقوبة إذا كانت تعزيرا، فإن كانت العقوبة حدا فلا أثر للغضب أو الاستفزاز عليها ...

ولكن الخوف الشديد من الاعتداء قد يرفع المسئولية الجنائية إذا كان الإنسان فى حالة دفاع شرعى أو حالة إكراه ...

ويـرى بعـض الفقهاء إعفاء قاتل الزانى غير المحصن من العقوبة إذا قتله فى حالة التلـبس عـلى أساس أنه كان فى حالة استفزاز وتهيج، ولكن الرأى الراجح أن علة القتل هى تغيير المنكر وأن من يغير المنكر يؤدى واجبا عليه فالفعل مباح له[1]...

هـذا هـو أثـر العواطف القوية على المسئولية الجنائية فى الشريعة الإسلامية.

والقاعدة العامة فى القوانين الوضعية أن العواطف مهما بلغت من القوة لا أثر لها على المسـئولية الجنائية، ولكنها قد تصلح عذرا لتخفيف العقوبة إذا رأى القاضى ذلك، عـلى أن بعـض القوانين تجعل حالة الاستفزاز عذرا قانونيا كالقانون الفرنسي، فإنه يجعـل الاسـتفزاز عذرا قانونيا فى جرائم القتل والضرب، وكالقانون المصرى يجعل التلبس بالزنا عذرا للزوج الذى يقتل زوجته ومن يزنى بها ...

---

(١) تبصرة الحكام ج/٢ ص/١٦٩، البحر الرائق ج/٥ ص/٤٠ : ٤١، المغنى ج/١٠ ص/٣٥٣ وما بعدها...

424 – الانفعال أو هياج العواطف الناتج عن الغضب والاستفزاز :

هناك حالات تفقد الشخص سيطرته على إرادته وتصرفاته وإن كانت لاتصل إلى حـــد تعطيل الإدراك أو الاختيار أو العقل – لكنها قد تُعَدُّ ظرفا شخصيا يُراعى عند تقدير الجزاءات التعزيرية.

أمـــا الحدود والقصاص، فإننا نعتقد أن مثل هذه الحالات لا تصل إلى عَدِّها شبهة تســـقط العقوبـــات المقـــدرة إلا إذا ثبت طبيا أن الشخص فقد التحكم فى إرادته وتصرفاته، وأنه لذلك لا يمكن أن يكون مسئولا مسئولية كاملة كشخص عادى، أى أن إرادتـــه ناقصـــة. وهنا نعتقد أن ذلك يكون شبهة تسقط الحد والقصاص ولكن يجازى بالتعزير الذى يتناسب مع مقدار ما لديه من إرادة ناقصة.

ووجـــود نـــص فى القانون الوضعى يَعُدُّ الاعتداء الواقع من الزوج على الزوجة وعـــلى من يجده متلبسا بالزنا معها، هو من هذا النوع – ونرى أن يكتفى القاضى بالـــتعزير لأن هناك شبهة تمنع تطبيق عقوبة القصاص وهى ارتكاب المجنى عليه جريمة الزنا التى كانت السبب فى استفزاز الزوج ودفعته إلى الاعتداء عليه. ولكن لا نوافق عـــلى القول بأن الاعتداء عليه ليس جريمة؛ لأننا لا نَعُدُّ الإهدار كاملا لمن يستحق الحـــد بسبب تلبسه بجريمة زنا المحصن إلا للقضاء الذى له وحده أن يحكم بالحد بعد ثـــبوت جريمة الزنا إذا رُفعت له الدعوى. وإذا كان فقيهنا قد قال إنها حالة إهدار، فمعنى ذلك أنه لا يكون للشخص الذى يستحق عقوبة حدية عن الزنا أن يطالب هو أو ولى دمـــه بالقصاص ممن قتله أو اعتدى عليه، ولكنا نرى أنه يستحق التعزير عما يرتكبه من اعتداء.

<عوده> ٤٢٥ ـ حكم الجنون : يختلف حكم "الجنون" بحسب ما إذا كان معاصرا للجريمة أو لاحقا لها ...

٤٢٦ ـ حكم الجنون المعاصر للجريمة : يترتب على الجنون المعاصر للجريمة رفع العقوبة عن الجانى لانعدام الإدراك فيه، فالجنون لا يبيح الفعل المحرم، وإنما يرفع عقوبته عن الفاعل. وهذا الحكم متفق عليه بين فقهاء الشريعة، ولا تختلف الشريعة فى هذا عن القوانين الوضعية الحديثة، فكلها على أن الجنون يمنع عقوبة الفاعل ولكنه لا يبيح الفعل. ونص القانون المصرى صريح فى هذا، فهو يقضى بأن لا عقاب على من يكون فاقد الشعور أو الاختيار فى عمله وقت ارتكاب الفعل إما لجنون أو عاهة فى العقل[1].

مسئولية المجنون المدنية : وإعفاء المجنون ومن فى حكمه من العقوبة الجنائية لا يعفيه من المسئولية المدنية عن فعله؛ لأن الأموال والدماء معصومة، ولأن الأعذار الشرعية لا تبيح عصمة المحل. فإذا كان الجانى له من الأعذار ما يمنع عنه العقوبة فإن هذه الأعذار لا تؤثر على حق الغير فى تعويض الأضرار التى سببها له الجانى بفعله؛ لأن الفعل يظل محرما على الفاعل. وإذا كان الجنون لا يجعل الجانى أهلا للعقوبة فإنه لا ينفى عن الجانى أهليته لتملك الأموال والتصرف فيها، وما دامت هذه الأهلية متوافرة فيه فقد وجب أن يتحمل المسئولية المدنية وهى مسئولية مالية ...

مدى مسئولية المجنون المدنية : من المتفق عليه بين الفقهاء أن المجنون ضامن لأفعاله، أى مسئول عنها مدنيا، فهو ملزم بتعويض ما ينشأ عن جريمته من ضرر تعويضا كاملا ما دام الضرر ناشئا عن عمله. ومع تسليم الفقهاء بهذه القاعدة العامة فإنهم اختلفوا فى مدى مسئولية المجنون المدنية فى جرائم القتل والجرح، وأساس اختلافهم فى هذه المسألة هو اختلافهم فى تكييف جرائم المجنون. فمالك وأبو حنيفة وأحمد يرون أن عمد المجنون خطأ؛ لأنه لا يمكن أن يقصد الفعل قصدا صحيحا، وإذا لم يكن فعله مقصودا فهو ليس عمدا وإنما خطأ[2] ...

وللاختلاف على تكييف فعل المجنون أثره على التعويض الذى يلزم به المجنون؛ لأن الدية فى جرائم العمد مغلظة ويحملها العامد فى ماله الخاص، ولكن الدية فى جرائم الخطإ مخففة وتحملها العاقلة مع الجانى أو عنه، ولما كان التعويض فى جرائم القتل والجرح

---

(١) المادة (٦٢) من قانون العقوبات...

(٢) مواهب الجليل ج/٦ ص/٢٤٢، بدائع الصنائع ج/٧ ص/٢٣٦، المغنى ج/٩ ص/٣٧٥...

<عوده> مقـــدرا بالديـــة فإنه يأخذ حكمها، ولذلك جعل الشافعى التعويض فى مال المجنون لما عَدَّه عامدا؛ لأن المتعمد يحمل الدية فى ماله ...

أما بقية الأئمة فجعلوا التعويض على المجنون وعاقلته؛ لأنهم عَدُّوه مخطئا لا عامدا ولـــو جعلوا التعويض كله فى ماله مع عَدِّه مخطئا لكان مركز المجنون فى جرائم القتل والجرح أسوأ من مركز العاقل المخطئ؛ لأن العاقل المخطئ لا يلزم إلا بالدية تحملها معه العاقلة ...

٤٢٧ *مقارنة بين الشريعة والقانون* : يختلف القانون المصرى والقانون الفرنسى عـــن الشـــريعة فى هذه المسألة، فكلاهما لا يجعل المجنون مسئولا مدنيا عن جرائمه، ولكنه يحمل المسئولية الشخص المكلف بملاحظة المجنون باعتبار أنه أهمل فى ملاحظته، ويعلـــلون عدم مسئولية المجنون مدنيا بأنه فاقد الشعور والاختيار وأن كل مسئولية تقتضـــى وجود خطإ ولا خطأ إذا لم تكن هناك إرادة، وليس للمسئول عن ملاحظة المجنون أن يرجع على المجنون بما سببه له من المسئولية بفعله، ولو أن القاعدة العامة أن المسئول عن غيره له أن يرجع على هذا الغير[1] ويعللون هذا الحكم بأن الخطأ خطأ المســـئول عـــن ملاحظة المجنون؛ لأنه مكلف بملاحظته والإشراف عليه وحمايته من أعماله الضارة وهو تعليل فيه شيء من التعسف ...

ونصـــوص القانون المصرى والفرنسى فى المسئولية المدنية تقوم على النظرية التقليدية نظرية "الخطأ" (La faute) ولكن هناك نظرية أخرى حديثة هى نظرية " الخطر " : (La theorie du risque) تحـــاول أن تزحزح النظرية التقليدية عن مكانها، ومقتضى نظرية الخطر أن المجنون يسأل مدنيا عن تعويض الأضرار التى أحدثها من ماله الخاص. وقد طبق القـــانون الألمانى والقانون السويسرى نظرية الخطر، فالقانون الألمانى يلزم المجنون بتعويض مـــا أحدثـــه من ضرر فى حدود مقدرته على دفع التعويض، والقانون السويسرى يبيح للقاضـــى أن يحكم على غير المسئول جنائيا بتعويض الضرر الذى أحدثه تعويضا كليا أو جزئيا، بل إن القانونين الألمانى والسويسرى يذهبان إلى مسئولية المجنون جنائيا ومدنيا إذا كـــان الفعـــل الذى أتاه من الأفعال التى يعاقب فيها على الإهمال أو عدم التبصر، كأن يكـــون جـــنونه ناشئا عن عادات سيئة كتعاطى المسكرات أو ناشئا عن فساد الأخلاق،

---

(١) المسئولية الجنائية لمصطفى مرعى ص/ ١٥٣ ...

﴿عوده﴾ وذلك لأنه يوجد فى هذه الحالة خطأ أصلى يصح أن ينسب إلى الفاعل ويكفى لتسويغ مسئوليته[1] ...

وظاهر مما سبق أن نظرية الخطر – وهى أحدث النظريات – تتجه اتجاه الشريعة فى مسئولية المجنون مدنيا، بل هى نفس نظرية الشريعة. وإذا كانت القوانين الوضعية لم تعرف نظرية الخطر إلا فى القرن العشرين فقد عرفتها الشريعة من ثلاثة عشر قرنا وأكثر ...

(١) الموسوعة الجنائية ج/٣ ص/٦٢٩ ...

425 - 427 – شريعتنا لا تربط الضمان المدنى بالمسئولية الجنائية :

أشرنا فيما سبق إلى أن المسئولية المدنية فى شريعتنا مستقلة عن المسئولية الجنائية، فالمجنون لا يعفى من يتسبب فى الضرر من الالتزام بالضمان أو التعويض.

وإشارته إلى أن التعويض فى الجرائم الماسة بحياة الأشخاص وسلامة أبدانهم (جرائم القتل والجرح ...) مقدر بالدية يحتاج إلى توضيح، لأننا نعتقد أن الدية هى الحد الأدنى الواجب فى تلك الحالات، لكن يمكن أن يضاف لها تعويض بناء على المبدإ العام بأن "الضرر يُزال".

فى رأى بعض الأئمة أن المجنون يكون عمله خطأ دائما لاعمدا لأنه لا يجوز أن ينسب إليه العمد بسبب عدم قدرته العقلية. وهذا الرأى هو ما يرجحه أكثر الأئمة كما أشار لذلك. وعلى هذا الرأى تثور مشكلة بشأن التعويض الذى يلزم به المجنون إذا كان التعويض عن العمد يزيد مقداره عن التعويض عن الخطإ. وقد اختلف الفقهاء فى الجواب عن هذا السؤال، ورأينا أنه لا ينسب للمجنون خطأ ولا عمد والحق فى التعويض المدنى فى الشريعة مبنى على التبعة.

وقد بين ما تمتاز به شريعتنا من عدم التقيد بالنظرية الشخصية فى المسئولية المدنية لأن الضمان مبنى على ما يسمى الآن "تحمل التبعة" – وهى أحدث النظريات الأوربية فى المسئولية المدنية – وقد سبقت لها الشريعة قبل القوانين الأوربية بقرون عديدة – فى حين أن هناك قوانين أوربية ما زالت متخلفة عنها، ولذلك ترفض بعض القوانين الوضعية حتى الآن عَدَّ المجنون مسئولا مدنيا عن أفعاله وجرائمه –ويحاولون علاج ذلك بالقول بتحمل من يرعاه بالضمان بافتراض أنه قصر فى رعاية المجنون وحراسته ... وهذا افتراض لا يصح فى جميع الأحوال . والقول بذلك معناه أنه قد يبقى المصاب بالضرر دون تعويض ... حتى ولو كان مرتكب الفعل قادرا على دفع التعويض رغم جنونه. لذلك، فإن فقهنا لا يقر بهذا القول .

* * *

- فى الفقه الإسلامي: بناء الضمان المدنى على أساس "تحمل التبعة":

إن اتجــاه الفقــه الإسلامى إلى بناء الضمان المدنى على أساس "تحمُّل التبعة" كان رائــدا لــلفقه العصرى الذى يتجه ت دريجيا نحو عدم التقيد بفكرة الخطإ التى كان يلــتزم بهــا فــيما مضى - وبناء على نظرية تحمُّل التبعة قرر فقهاؤنا التزام المجنون بالضــمان المــدنى رغم أنه لا يمكن أن ينسب له خطأ ولا عمد - لأن التعويض أو الضــمان المــدنى مبنىعلى اعتبارات التوازن المالى - فما دام الضرر قد وقع بفعل منسوب إلى شخص معين فإنه جدير بأن يتحمل نتيجته ويلتزم بتعويض الضرر، بدلا من أن يتحمله المضرور الذى لم يُنسب إليه شيء.

نحن نشاركه تقديرنا لسبق الفقه الإسلامى إلى هذا المبدإ الذى لم يتوصل له الفقه "العصــرى" إلا أخــيرا بعــد قرون طويلة من التجارب والنظريات التى تُعَدُّ حديثة وعصرية فى أوربا وإن كانت أصيلة فى فقهنا الذى سبق أوربا بشأنها قرونا طويلة .

﴿عوده﴾ ٤٢٨ـ *حكم الجنون اللاحق للجريمة* : الجنون اللاحق للجريمة إما أن يحدث قبل الحكم أو بعده :

الجنون قبل الحكم : إذا حدث الجنون قبل الحكم فإنه لا يمنع المحاكمة ولايوقفها عـــند الشافعية والحنابلة، وحجتهم أن التكليف لا يشترط إلا وقت ارتكاب الجريمة، وليـــس فى رأيهـــم هذا ما يسيء إلى مركز المجنون؛ لأن محاكمة المجرمين فى الشريعة محوطـــة بضـــمانات قوية. ولعل أصحاب هذا الرأى كانوا متأثرين فى رأيهم بالمنطق والواقـــع أكثر من أى شيء آخر، فالمجرم قد ارتكب جريمته واستحق العقوبة عليها فـــإذا جـــن، فإن جنونه لا يمنع من محاكمته على جريمته ما دام هناك من الوسائل ما يوصـــل إلى الحقيقة؛ لأن أثر الجنون ينحصر فى إعجاز المتهم عن الدفاع عن نفسه، والقاعدة أن العجز عن الدفاع لا يوقف المحاكمة ولا يمنعها. فالأبكم ومن فقد النطق بعـــد ارتكاب الجريمة ومن لا يكاد يبين كل هؤلاء عاجزون عن الدفاع عن أنفسهم ولا يمنع عجزهم من محاكمتهم، فليس إذن ما يدعو لتمييز المجنون على هؤلاء وإيقاف محاكمـــته بحجـــة أنه عاجز عن الدفاع عن نفسه؛ لأنهم مثله من حيث عجزهم عن الدفاع ولم يقل أحد بإيقاف محاكمتهم أو امتناعها ...

أما المالكية والحنفية فيرون أن الجنون قبل الحكم يمنع المحاكمة ويوقفها حتى يزول الجنون، وأساس هذا الرأى أن شرط العقوبة التكليف، وأن هذا الشرط يجب توافره وقت المحاكمة وهذا يقتضى أن يكون الجانى مكلفا وقت المحاكمة فإن لم يكن كذلك امتنعت محاكمته ...

ويـــتفق القـــانون المصرى والقانون الفرنسى مع رأى المالكية والحنفية فى إيقاف محاكمـــة المجـــنون، ولكن القانونين يجعلان علة الإيقاف عجز المجنون عن الدفاع عن نفســـه، وهـــذه العلة ظاهرة فى نص المادة(٢٤٧) من قانون تحقيق الجنايات المصرى حيث جاء بها: "إذا كان المتهم غير قادر على الدفاع عن نفسه بسبب عاهة فى عقله فلا يحاكم حتى يعود إليه من الرشد ما يكفى لدفاعه عن نفسه، وإذا اتضح عجزه عن الدفاع عن نفسه أمام المحكمة وجب إيقاف محاكمته على الوجه المتقدم" ...

وعـــلة إيقاف المحاكمة فى الشريعة عند القائلين بالإيقاف ليست عن عجز المجنون عـــن الدفاع، وإنما هى عدم استيفاء شرط العقاب. ولعل هذا التعليل أدق منطقا من تعليل الإيقاف بالعجز عن الدفاع؛ لأن القانون المصرى والقانون الفرنسى لا يوقفان

<عوده> محاكمـــة الأخرس، ولا الأصم ولا الأبكم، ولا من فقد النطق بعد ارتكاب الجريمة مع أنهم عاجزون عن الدفاع عن أنفسهم تماما كالمجنون، فضلا عن أن حالاتهم أكثر طروءا فى العمل من حالة المجنون ...

الجنون الطارئ بعد الحكم : إذا جن الجانى بعد الحكم عليه، فيرى الشافعى وأحمد أن الجنون لا يوقف تنفيذ الحكم إلا إذا كانت الجريمة المحكوم فيها من جرائم الحدود، وكـــان دليل الإثبات الوحيد الذى بنى عليه الحكم هو الإقرار؛ لأن المحكوم عليه فى جرائم الحدود له أن يرجع عن إقراره إلى وقت تنفيذ العقوبة وبعد البدء فى التنفيذ، فإذا رجع فى إقراره أوقف التنفيذ لاحتمال أن يكون عدوله عن إقراره صحيحا. ولما كـــان الجـــنون يمنع المحكوم عليه من الرجوع فى إقراره وكان من حقه أن يرجع فى إقراره تعين إيقاف التنفيذ حتى يفيق المجنون .

أمـــا إذا كـــان الحكم قائما على دليل آخر غير الإقرار، فلا يوقف الرجوع عن الإقـــرار تنفيذ الحكم. وأساس هذا الرأى أن العقوبة عن جريمة ارتكبها مجرم مسئول وقـــت ارتكابهـــا، وأن العبرة فى الحكم بالعقوبة وتنفيذها إنما هى بحال المكلف وقت ارتكاب الجريمة لا قبل ذلك ولا بعده[1].

ويمكـــن تعليل هذا الرأى أيضا بأن العقوبة شرعت للتأديب والزجر، فإذا تعطل جـــانب التأديب بجنون المحكوم عليه؛ لأنه لا يشعر بالتأديب فلا ينبغى تعطيل جانب الزجر؛ لأن مصلحة الجماعة ظاهرة فى تنفيذ العقوبة لزجر الغير ...

وفى مذهب مالك يرون أن الجنون يوقف تنفيذ الحكم، ويظل الحكم موقوفا حتى يفيـــق المجنون، إلا إذا كانت العقوبة قصاصا فإنها على رأى البعض تسقط باليأس من إفاقـــة المجـــنون وتحل محلها الدية، ولكن البعض الآخر يرى فى حالة اليأس من إفاقة المجـــنون أن يسلم المجنون المحكوم عليه بالقصاص لأولياء الدم فإن شاءوا اقتصوا وإن شاءوا أخذوا الدية[2]...

ويرى أبو حنيفة إيقاف تنفيذ العقوبة على المجنون إلا إذا كان الجنون قد طرأ بعد تســـليم المجنون للتنفيذ عليه؛ لأن هذا يُعَدُّ بدءا فى التنفيذ وإذا بدأ التنفيذ فلا يوقف

---

(١) تحفة المحتاج ج/٤ ص/١٩، المغنى ج/٩ ص/٣٧٧، الإقناع ج/٤ ص/٢٤٤ ...

(٢) مواهب الجليل ج/٦ ص/٢٣٢ ...

<عوده> للجـنون، وإذا كـانت العقوبة قصاصا فجن الجانى بعد الحكم عليه وقبل تسليمه للتنفيذ عليه فإن القصاص ينقلب بالجنون دية استحسانا[1] ...

ويقـوم القـول بأن الجنون يوقف التنفيذ على أساسين أولهما : أن شرط العقوبة تكليف المعاقب أى صلاحيته لأن يكون مسئولا مسئولية جنائية، والعقوبة لا تكون إلا بالقضـاء أى بالحكم بها، فوجب أن يتحقق شرط العقوبة وهو التكليف وقت المحاكمة والحكـم. ثانيهمـا : أن الاستيفاء من تمام القضاء أى أن تنفيذ المحكوم به يُعَدُّ متمما للتقاضي، وإذا كان من شرط المحاكمة أن يكون الجانى مكلفا فيجب أن يكون كذلك وقـت التـنفيذ؛ لأن التنفيذ مكمل للمحاكمة، فإذا سلم الجانى للتنفيذ عليه فيُعَدُّ أن التنفيذ قد تم بهذا التسليم ...

والقـانون المصـرى والفرنسـى يطبقان النظريتين الإسلاميتين معا، حيث تقضى نصوص القانونين بمنع تنفيذ العقوبة على من جن بعد صدور حكم نهائى عليه إذا كانت العقوبـة هـى الإعـدام أو عقوبة مقيدة للحرية، أما العقوبات المالية فتنفذ على ماله، ولكنها لا تنفذ عليه بطريق الإكراه البدني، ومنع تنفيذ العقوبات البدنية تطبيق لنظرية مالك وأبى حنيفة، وإباحة تنفيذ العقوبات المالية تطبيق لنظرية الشافعى وأحمد ...

(١) حاشية بن عابدين ج/٥ ص/٤٧٠ ...

❁ 428 – أثر الجنون بعد الجريمة محصور فى الإجراءات :

موضوع البحث هو أثر الجنون الطارئ بعد ارتكاب الجريمة على إجراءات المحاكمة أوعلى تنفيذ الحكم إذا لم يطرأ إلا بعد صدوره.

الفـــرض فى هذه الحالة أن شخصا ارتكب الجريمة وهو كامل العقل والمسئولية – ويستحق المحاكمة والعقاب دون شك – لكنه أصيب بعاهة عقلية بعد وقوع الجريمة سواء كان ذلك بسببها أو لأمر لا علاقة له بالجريمة.

نحـــن نرجح الرأى الذى نسبه إلى المالكية والحنفية بتأجيل المحاكمة فى هذه الحالة لأن محاكمة المجنون جنائيا قد لا تتوافر فيها عوامل العدالة الكاملة بسبب عجزه عن الدفاع عن نفسه، وعلى ذلك فمن الأولى وقف المحاكمة الجنائية وتأجيلها حتى يصبح قـــادرا عـــلى الدفاع عن نفسه. ولا نوافق على قوله إن القاعدة هى أن العجز عن الدفـــاع لا يوقف المحاكمة ولا يمنعها.. ولا نوافق على قياس المجنون على الأبكم ولا الأصم ...

أما ما قاله فقهاؤنا من أن سبب وقف المحاكمة هو "عدم استيفاء شرط **العقاب**"، أى أنـــه فى حالة الحكم عليه فإنه لا يجوز تنفيذ العقوبة على مجنون، وعلى ذلك فلا فـــائدة مـــن استمرار المحاكمة للوصول إلى حكم لا يجوز تنفيذه، فإننا نرى أن هذا التعـــليل يكفى، ولكن لا يعنى استبعاد سبب آخر هو عدم القدرة على ممارسة حق الدفاع باعتباره ركنا ضروريا فى المحاكمة الشرعية العادلة.

أمـــا إذا طرأ الجنون بعد صدور الحكم بالإدانة والعقوبة، فإن رأى الحنفية أكثر اتفاقـــا فى نظـــرنا مع مبادئ المسئولية الجنائية، إذ لا معنى لتوقيع عقوبة جنائية على شـــخص لا يعـــرف لها معنى ولا يعى منها شيئا، وهنا تكون العلة هى ما سماه "عدم استيفاء شرط العقاب" لأنه قد استنفد حقه فى الدفاع أثناء المحاكمة وهو عاقل كامل الأهـــلية ولكـــن أوقـــف تنفيذ العقوبة المحكوم بها عليه لأن العقل والإدراك شرط للعقاب كما هو شرط للمسئولية والتكليف ...

الفرع الرابع
صغر السن

عوده ٤٢٩ـ *تمهيد* : تُعَدُّ الشريعة الإسلامية أول شريعة فى العالم ميزت بين الصغار والكبار من حيث المسئولية الجنائية تمييزا كاملا، وأول شريعة وضعت لمسئولية الصغار قواعد لم تتطور ولم تتغير من يوم أن وضعت، ولكنها بالرغم من مضى ثلاثة عشر قرنا عليها تُعَدُّ أحدث القواعد التى تقوم عليها مسئولية الصغار فى عصرنا الحاضر ...

ولقد بدأت القوانين الوضعية تأخذ ببعض المبادئ التى وضعتها الشريعة لمسئولية الصغار بعد الثورة الفرنسية(*)، ثم أخذت تتطور باستمرار بتأثير تقدم العلوم الطبية والنفسية. ولكن القوانين الوضعية بالرغم من تطورها تطورا عظيما لم تأت بعد بجديد لم تعرفه الشريعة الإسلامية ...

ولا نستطيع أن نتصور مدى فضل الشريعة الإسلامية إلا إذا عرفنا ما كانت عليه حالة الصغار فى القوانين القديمة التى كانت تعاصر الشريعة عند نزولها. وأهم هذه القوانين القديمة هو القانون الرومانى أساس القوانين الأوربية الحديثة، فهذا القانون كان بحق أرقى القوانين الوضعية كافة، ولكنه لم يميز بين مسئولية الصغار والكبار إلا إلى حد محدود، فقد كان يميز بين الطفل فى سن السابعة وما بعدها ويجعل الصغير مسئولا جنائيا إذا زادت سنه عن سبع سنوات، ولا يجعله مسئولا إذا قلت سنه عن سبع سنوات إلا إذا كان قد ارتكب الجريمة بنية الإضرار بالغير، ففى هذه الحالة يكون مسئولا جنائيا عن عمله. وشتان بين هذا وبين ما جاءت به الشريعة الإسلامية.

٤٣٠ـ *الصغر والمسئولية الجنائية* : تقوم المسئولية الجنائية فى الشريعة الإسلامية كما بينا من قبل على عنصرين أساسين : هما الإدراك والاختيار، ولهذا تختلف أحكام الصغار باختلاف الأدوار التى يمر بها الإنسان من وقت ولادته إلى الوقت الذى يستكمل فيه ملكتى الإدراك والاختيار. والإنسان حين يولد يكون عاجزا بطبيعته عن الإدارك والاختيار، ثم تبدأ ملكتا الإدراك والاختيار فى التكوين شيئا فشيئا حتى يأتى على الإنسان وقت يستطيع فيه الإدراك إلى حد ما، ولكن إدراكه يكون ضعيفا وتظل ملكاته تنمو

(*) تراجع حاشيتنا على البند ٢٧٧ فيما سبق.

〈عوده〉 حتى يتكامل نموه العقلي. وعلى أساس هذا التدرج فى تكوين الإدراك وضعت قواعد المسئولية الجنائية. ففى الوقت الذى ينعدم فيه الإدراك تنعدم المسئولية الجنائية، وفى الوقت الذى يكون الإدراك فيه ضعيفا تكون المسئولية تأديبية لا جنائية، وفى الوقت الذى يتكامل فيه الإدراك يكون الإنسان مسئولا جنائيا .

ويتبين مما سبق أن المراحل التى يجتازها الإنسان من يوم ولادته حتى بلوغه سن الرشد ثلاث مراحل : الأولى : مرحلة انعدام الإدراك، ويسمى الإنسان فيها بالصبى غير المميز. الثانية : مرحلة الإدراك الضعيف، ويسمى الإنسان فيها بالصبى المميز. الثالثة : مرحلة الإدارك التام، ويسمى الإنسان فيها بالبالغ والراشد ...

٤٣١ـ *المرحلة الأولى* : انعدام الإدراك : تبدأ هذه المرحلة بولادة الصبى وتنتهى ببلوغه السابعة اتفاقا، وفى هذه المرحلة يُعَدُّ الإدراك منعدما فى الصبي، ويسمى بالصبى غير المميز. والواقع أن التمييز ليس له سن معينة يظهر فيها أو يتكامل بتمامها. فالتمييز قد يظهر فى الصبى قبل بلوغه السابعة، وقد يتأخر عنها تبعا لاختلاف الأشخاص واختلاف بيئاتهم واستعدادهم الصحى والعقلي، ولكن الفقهاء حددوا مراحل التمييز أى الإدراك بالسنوات حتى يكون الحكم واحدا للجميع ناظرين فى ذلك إلى الحالة الغالبة فى الصغار. وقد كان هذا التحديد ضروريا لمنع اضطراب الأحكام، ولأن جعل التمييز مشروطا بسن معينة يمكن القاضى من أن يعرف بسهولة إن كان الشرط تحقق أم لا؛ لأن هذا الشرط وصف محسوس يسهل ضبطه والتعرف عليه

ويُعَدُّ الصبى غير مميز ما دام لم تبلغ سنه سبع سنوات، ولو كان أكثر تمييزا ممن بلغ هذه السن؛ لأن الحكم للغالب وليس للأفراد، وحكم الغالب أن التمييز يُعَدُّ منعدما قبل بلوغ سن السابعة. فإذا ارتكب الصغير أى جريمة قبل بلوغه السابعة فلا يعاقب عليها جنائيا ولا تأديبيا. فهو لا يحد إذا ارتكب جريمة توجب الحد، ولا يقتص منه إذا قتل غيره أو جرحه، ولا يعزر ...

ولكن إعفاءه من المسئولية الجنائية لا يعفيه من المسئولية المدنية عن كل جريمة يرتكبها. فهو مسئول فى ماله الخاص عن تعويض أى ضرر يصيب به غيره فى ماله أو نفسه، ولا يرفع عنه انعدام التمييز المسئولية المدنية كما يرفع المسئولية الجنائية؛ لأن القاعدة الأصيلة فى الشريعة الإسلامية أن الدماء والأموال معصومة أى غير مباحة، وأن الأعذار الشرعية لا تنافى هذه العصمة، أى أن الأعذار لا تهدر الضمان ولا تسقطه ولو أسقطت العقوبة ...

<عوده> ٤٣٢ـ **المرحلة الثانية** : الإدراك الضعيف : تبدأ هذه المرحلة ببلوغ الصبى السابعة من عمره وتنتهى بالبلوغ. ويحدد عامة الفقهاء سن البلوغ بخمسة عشر عاما. فإذا بلغ الصبى هذه السن عُدَّ بالغا حكما ولو كان لم يبلغ فعلا ...

ويحدد أبو حنيفة شخصيا سن البلوغ بثمانية عشر عاما، وفى قول بتسعة عشر عاما للرجل وسبعة عشر عاما للمرأة. والرأى المشهور فى مذهب مالك يتفق مع رأى أبى حنيفة، إذ يحدد أصحابه سن البلوغ بثمانية عشر عاما، بل إن بعضهم يرى أن تكون تسعة عشر عاما ...

وفى هذه المرحلة لا يسأل الصبى المميز عن جرائمه مسئولية جنائية، فلا يحد إذا سرق أو زنا مثلا، ولا يقتص منه إذا قتل أو جرح، وإنما يسأل مسئولية تأديبية فيؤدب على ما يأتيه من الجرائم. والتأديب، وإن كان فى ذاته عقوبة على الجريمة، إلا أنه عقوبة تأديبية لاجنائية ويترتب على عَدِّ العقوبة تأديبا ألاَّ يُعَدَّ الصبى عائدا مهما تكرر تأديبه، وأن لا يوقع عليه من عقوبات التعزير إلا ما يُعَدُّ تأديبا كالتوبيخ والضرب ...

ويسأل الصبى المميز مدنيا عن أفعاله، ولو أنه لا يعاقب عليها بعقوبة جنائية للأسباب التى ذكرناها من قبل عند الكلام على الصبى غير المميز ...

429 -432- تدرج المسئولية بقدر النمو العقلي للصغار :

المبدأ الأساسى الذى أشرنا إليه عند كلامنا عن أثر حالات الجنون ودرجاته المختلفة، حيث قلنا إن المسئولية تكون بقدر ما توافر لدى الجانى من قدرة عقلية أو وعى وإدراك، هو ذاته الذى يطبق فيما يتعلق بالصغار، لأن النمو التدريجى للملكات العقلية يستوجب أن تكون مسئولية الصغير فى كل مرحلة بقدر ما توصل إليه من نمو عقلى.

يضاف لذلك أنه فى داخل كل مرحلة فإن مبدأ التعزير يعطى للقاضى سلطة واسعة فى التقدير حتى يستطيع أن يقدر الجزاء بالمقدار الذى يتناسب مع الحالة العقلية للصغير الذى نسب إليه الفعل المعاقب عليه.

ونحن نشارك فقيهنا فى إشادته بما تميز به فقهنا من سبق إلى تطبيق مبدإ التدرج فى مسئولية الصغار، وهو ما تحاول القوانين الوضعية والفقه العصرى الوصول إليه، أو تقنينه.

والمراحل التى تمر بها مسئولية الصغار فى الأصل ثلاثة، يقرر الفقه فى كل منها قدرا من المسئولية يتناسب مع درجة النمو التى وصل إليها الصغير.

* * *

فى مرحلة الطفولة المبكرة لا يملك الطفل أى قدر من العقل يكفى لتقرير مسئوليته الجنائية - ولذلك فإنه يكون فى رعاية من يتولى الحضانة، ويكون من يتولون رعايته هم المسئولين عن توجيهه والإشراف عليه، أما هو فلا تقع عليه مسئولية جنائية.

وهنا أيضا سبق فقهنا النظريات الحديثة التى توصلت إلى التمييز بين المسئولية المدنية والجنائية. ولفقهائنا فضل السبق إلى ذلك حيث رجحوا مسئوليته عن الضمان المدنى والتزامه بتعويض الأضرار التى تسبب فيها برغم أنه لا توقع عليه عقوبة ولا يتحمل مسئولية جنائية.

* * *

❁ – قضاء مستقل للأحداث يتولاه مربُّون أكْفاء:

فى سن معينة يكون لدى الصغير قدر كاف من الإدراك والعقل لمعرفة الخير والشر بين ما يجوز وما لا يجوز، لكنه لا يملك القدر الكافى للمسئولية الكاملة للإنسان الراشد؛ لذلك فإن مسئوليته الجنائية تكون ناقصة، ومحدودة، ويفرض عليه الجزاءات المناسبة بالقدر الكافى لحمايته وحماية المجتمع من خطره بإصلاح سلوكه ...

وبديهى أنه لا يمكن أن توقع عليه العقوبات البدنية المقدرة حدا أو قصاصا – وكل ما يمكن اتخاذه إزاءه هى التدابير التعزيرية، مع ملاحظة ما سبق أن أكدناه مرارا من أن مجال التعزير يتميز بالاتساع والمرونة بحيث لا ينحصر فى العقوبات دائما، بل يشمل تدابير تأديبية وتهذيبية وإصلاحية .. وهذا هو ما يفسح المجال أمام القاضى ليكون مربيا ومؤدبا أكثر منه معاقبا .

ولذلك يحسن أن يكون للأحداث قضاء مستقل يتولاه مربون أكفاء، ويفضل أن يكونوا من النساء، لأنهن أقدر على التعامل مع الصغار ولأن الموضوع أقرب إلى التربية منه إلى الجزاء الجنائى .

〈عوده〉 ٤٣٣ ـ *المرحلة الثالثة* : مرحلة الإدراك التام : وتبدأ ببلوغ الصبى سن الرشد، أى بلوغه العام الخامس عشر من عمره على رأى عامة الفقهاء، أو ببلوغه العام الثامن عشر على رأى أبى حنيفة ومشهور مذهب مالك ...

وفى هذه المرحلة يكون الإنسان مسئولا جنائيا عن جرائمه أيا كان نوعها، فيحد إذا زنا أو سرق، ويقتص منه إذا قتل أو جرح، ويعزر بكل أنواع التعازير ...

٤٣٤ ـ *علة اختلاف الفقهاء فى تحديد سن البلوغ* : الأصل عند الفقهاء جميعا فى تحديد سن البلوغ قوله ﷺ : "رفع القلم عن ثلاثة : الصبى حتى يحتلم، والنائم حتى يستيقظ والمجنون حتى يفيق". ومعنى رفع القلم عن الصبى حتى يحتلم هو جعل الاحتلام غاية لارتفاع الخطاب، والأصل أن الخطاب بالبلوغ، فدل الحديث على أن البلوغ يثبت بالاحتلام؛ لأن البلوغ والإدراك عبارة عن بلوغ المرء كمال الحال، وذلك بكمال القدرة والقوة على استعمال سائر الجوارح السليمة، وهذا يتحقق عن الكمال عند الاحتلام ...

وإذا كان البلوغ بالاحتلام، فإن بلوغ الغلام يعرف بالاحتلام والإحبال والإنزال، وبلوغ الجارية يعرف بالحيض والاحتلام والحبل. ولما كانت هذه العلامات قد تتقدم وقد تتأخر، فقد رؤى أن يحدد البلوغ بالسن، فحدده أغلب الفقهاء بخمسة عشر عاما للغلام والجارية معا، وحجتهم أن المؤثر فى الحقيقة هو العقل، وهو الأصل فى المسئولية وبه قوام الأحكام. وإنما جعل الاحتلام حدا للبلوغ شرعا لكون الاحتلام دليلا على كمال العقل، والاحتلام لا يتأخر عادة عن خمس عشرة سنة، فإذا لم يحتلم إنسان حتى هذه السن فذلك يرجع لآفة فى خلقته، والآفة فى الخلقة لاتوجب آفة فى العقل، فكان العقل دائما بلا آفة ووجب عَدُّ الشخص بالغا تلزمه الأحكام ...

أما من يحددون البلوغ بثمانية عشر عاما أو بتسعة عشر عاما، فحجتهم أن الشرع علق الحكم والخطاب بالاحتلام فوجب بناء الحكم عليه، ولا يرتفع الحكم عنه ما لم يستيقن بعدمه ويقع اليأس من وجوده، وإنما يقع اليأس بهذه المدة؛ لأن الاحتلام إلى هذه المدة متصور فى الجملة فلا يجوز إزالة الحكم الثابت بالاحتلام عنه مع الاحتمال، أى أنه ما دام الاحتلام مرجوا وجب الانتظار ولا يأس بعد خمس عشرة سنة إلى ثمانى عشرة أو تسع عشرة، بل هو مرجو فلا يقطع الحكم الثابت

﴿عوده﴾ بالاحتلام عنه مع رجاء وجوده، بخلاف ما بعد هذه المدة فإنه لا يحتمل وجوده بعدها فلا يجوز اعتباره فى زمان اليأس من وجوده[1].

ويتبين مما سبق أن الفريق الأول يرون أن علامات البلوغ تظهر عادة فى سن الخمس عشرة فحددوا البلوغ بهذه السن التى يغلب فيها ظهور علاماته. أما الفريق الآخر فإنهم يرون أن علامات البلوغ يتأخر ظهورها عادة إلى سن الثمانى عشرة أو التسع عشرة، فوجب أن يحدد البلوغ بهذه السن التى يتأخر إليها ظهور علامات البلوغ. ويرى أبو حنيفة أن أصول الشريعة تجرى على رأيه، فحكم الحيض مثلا لازم فى حق الكبيرة ولو انقطع عنها الحيض ويجب الانتظار لمدة اليأس لاحتمال عود الحيض، والتفريق بين العنين وزوجته لا يجوز ما دام طمع الوصول إليها فى فصول السنة المختلفة ثابتا، فإذا انقضت السنة وهو على حاله وقع اليأس وجاز الحكم بالتفريق. وكذلك أمر الله بدعاء الكفار إلى الإسلام حتى يقع اليأس من قبولهم فإذا لم يقع اليأس فلا يباح قتالهم ...

٤٣٥ ـ *عقوبة الصبى غير المميز*: عقوبة الصبى غير المميز هى كما قلنا عقوبة تأديبية خالصة وليست عقوبة جنائية؛ لأن الصبى ليس من أهل العقوبة.

ولم تحدد الشريعة نوع العقوبات التأديبية التى يمكن توقيعها على الصبيان وتركت لولى الأمر أن يحددها على الوجه الذى يتراءى له، ومن المسلم به لدى الفقهاء أن التوبيخ والضرب من العقوبات التأديبية.

وترك تحديد العقوبات التأديبية لولى الأمر يمكن من اختيار العقوبة الملائمة للصبى فى كل زمان ومكان، فيجوز لولى الأمر أن يعاقب بالضرب أو التوبيخ، أو التسليم لولى الأمر أو لغيره، أو بوضع الصبى فى إصلاحية أو فى مدرسة، أو بوضعه تحت مراقبة خاصة، إلى غير ذلك من الوسائل التى تؤدى إلى تأديب الصبى وتهذيبه، وإبعاده عن الوسط الذى يعيش فيه.

وعَدُّ العقوبة تأديبية لا جنائية يؤدى إلى عدم عَدِّ الصبى بعد بلوغه عائدا بما عوقب به من قبل البلوغ، وهذا مما يساعده على سلوك الطريق السوى ويمهد لنسيان الماضى.

---

(١) بدائع الصنائع ج/٧ ص ١٧١ : ١٧٢...

﴿عوده﴾ ٤٣٦ـ *القوانين الوضعية والصبيان* : تأخذ القوانين الوضعية عامة بما أخذت به الشريعة من حيث اختلاف مسئولية الأحداث باختلاف أعمارهم. والرأى الغالب فى هذه القوانين هو تقسيم الأحداث إلى أنواع بحسب السن، وأن الحدث يمر بثلاثة أدوار مميزة بعضها عن بعض تمييزا كافيا ولو أنه يصعب تحديد كل منها تحديدا دقيقا. ففى الدور الأول يكون الطفل صغيرا ويفترض فيه عدم قدرته على فهم ماهية العمل الجنائى وعواقبه ومن ثم فلا مسئولية عليه إطلاقا، وقد حدد القانون المصرى هذا الدور بسبع سنوات وكذلك الحال فى إنجلترا وفى الهند .

وفى إيطاليا يُعَدُّ الحدث غير مسئول إذا قلت سنه عن تسع سنوات. وقد أخذت بلاد كثيرة بهذه القاعدة أى عَدّ الطفل غير مسئول حتى يبلغ سنا معينة .

وفى الدور الثانى يستطيع الطفل أن يعلم بأن ما يفعله محظور، ولكنه لم يبلغ من العلم والتجربة ما يكفى لفهم موقعه إزاء القانون وتقدير نتائج أعماله حق التقدير، ولهذا فقد أجمعت القوانين الوضعية على أن تعاقب الصغار فى هذا الدور بعقوبات تتلاءم مع حالتهم. وهذه العقوبات إما عقوبات خاصة تتلاءم مع حالة الأحداث، وإما العقوبات العادية مخففة. والنهاية القصوى للدور الثانى خمس عشرة سنة فى مصر واثنتا عشرة سنة فى الهند والسودان وأربع عشرة سنة فى إنجلترا وإيطاليا وست عشرة سنة فى فرنسا.

وفى الدور الثالث يكون الطفل قد بلغ من العمر ما يؤهله لفهم موقفه إزاء القانون، ومن ثم يكون مسئولا عن أعماله مسئولية تامة ويعاقب عليها بالعقوبات العادية. إلا أن بعض القوانين كالقانون المصرى لا يعاقبه بالعقوبات المفرطة فى الشدة وهى الإعدام والأشغال الشاقة، وهذا الامتياز مقرر لمن لم تبلغ سنهم سبع عشرة سنة أما من بلغ هذه السن فيعاقب بكل العقوبات العادية[1].

ويقسم القانون المصرى الدور الثانى قسمين : فمن يزيد عمره على سبع سنوات ويقل عن اثنى عشرة سنة كاملة لا يجوز الحكم عليه بالعقوبات العادية. وإنما يعاقب بعقوبات خاصة القصد منها إصلاحه وتأديبه، وهى التوبيخ والإرسال إلى الإصلاحية

---

(١) راجع التعليقات على قانون العقوبات المصرى والموسوعة الجنائية ج١ص ٢٧٢ وما بعدها، وشرح قانون العقوبات لأحمد صفوت ص ٢٨٢ وما بعدها.

عوده أو التسليم لولى الأمر أو غيره، ومن بلغت سنه اثنتى عشرة سنة وقلت عن خمس عشرة سنة يكون القاضى مخيرا بين أن يتخذ فى شأنه وسيلة من وسائل الإصلاح والتأديب التى سلف ذكرها أو أن يحكم عليه بعقوبة مخففة من العقوبات العادية.

وتجعل القوانين الوضعية الحدث مسئولا مدنيا عن أفعاله كلما كان مسئولا جنائيا ولو عوقب بغير العقوبات العادية، وكذلك هو مسئول مدنيا عن أفعاله ولو لم يكن مسئولا جنائيا، إذ ليس ثمة تعارض بين إعفائه من العقوبة لعدم بلوغه سنا معينة وبين الحكم عليه بتعويض الضرر الذى تسبب فيه بخطئه[1].

ويتبين مما سبق أن القواعد التى وضعتها الشريعة الإسلامية لمسئولية الأحداث من ثلاثة عشر قرنا هى نفس القواعد التى تقوم عليها مسئولية الأحداث فى القوانين الوضعية الحديثة. كما يتبين أن فى قواعد الشريعة من المرونة ما يؤهلها لأن تسبق كل القوانين، وما يساعدها على الأخذ بكل ما أظهرت التجارب أو العلوم من وسائل الإصلاح والتهذيب المفيدة للأحداث بصفة خاصة وللجماعة بصفة عامة.

(١) الموسوعة الجنائية ج٣ ص٦٣٠.

❁ 433 – 436 – مرونة التعازير تتسع للتدرج حتى بعد البلوغ :

فى ســـن معيـــنة يصبح الصغير راشدا وقادرا على تحمل مسئولية تصرفاته المالية والسلوكية، وهنا يعامل معاملة الإنسان الراشد من حيث تحمُّل مسئولية الأعمال التى يعـــاقب عـــليها جنائيا، ومع ذلك فيحسن إعفاؤه من العقوبات القصوى والاكتفاء بالأصل وهو التعزير.

* * *

المشـــكلة فى جميع هذه المراحل هى كيفية تحديد السن التى تفصل بين كل منها. وفقهاؤنا يفضلون عَدَّ البلوغ الطبيعى (بالاحتلام أو الحيض) دليلا على بلوغ الرشد العقـــلى – لكـــن هذا الدليل ليس قاطعا. وما دمنا فى نطاق التعازير فإن القاضى له سلطة تقديرية واسعة، والمقنن المجتهد كذلك من باب أولى.

* * *

ســـواء فى فقهـــنا أو فى القوانين الوضعية، فإن تحديد السن لكل مرحلة لابد أن يكـــون تحكميـــا، لكن شريعتنا كما قدمنا تمتاز بأن مبدأ التعزير يتصف بمرونة كافية لكـــى يســـتطيع القاضى أو الفقيه المجتهد أن يختار التدبير المناسب لكل صغير متهم مراعيا فى ذلك ليس السن فقط، بل ظروفه الأسرية والاجتماعية والبدنية كذلك.

وبالنســـبة للبـــلوغ فإن السُّنَّة المطهرة أشارت إلى البلوغ الطبيعى وهو الاحتلام والحيـــض بالنســـبة لـــلأولاد والفـــتيات، وهذا كاف فى مجال الأحوال الشخصية والمعاملات المالية. لكن القوانين والتقنينات الجنائية عادة تحدد أمارة لكل مرحلة من مـــراحل المسئولية تبعا للسن حسب ما تراه من الشائع والمناسب فى البيئة التى يعيش فيهـــا الصـــغير، وذلـــك لتسهيل مهمة القضاء فى تصنيف المتهمين وتحديد مراحل المســـئولية. وليس ذلك مناقضا لما ورد فى السُّنَّة المطهرة لأننا فى نطاق التعازير نلتزم بمـــراعاة ظـــروف الواقع لكل منهم بما فيها سنه وحالته الاجتماعية، أما فى الحدود والقصاص فباب الشبهات يتسع لمراعاة حالة المتهم العقلية ومالديه من رشد حتى ولو كان بالغا. فمن باب أولى إذا لم يكن بلوغه مؤكدا...

* * *

❁ – التعازير تتسع للتدابير التربوية والإصلاحية قبل البلوغ أو بعده :

وعــلى الرغم من أن التعزير فى الأصل يشمل بعض العقوبات الجنائية إلى جانب تدابــير الــتهذيب والإصلاح، فإن هذا التنوع جائز بالنسبة للكبار وللصغار الذين وصــلوا إلى مرحــلة الرشــد، أما قبل ذلك فإن الفقه حصر تعزير الصغير فى نطاق الإجراءات والتدابير التربوية التى لا تدخل فى نطاق العقوبات الجنائية.

والقوانــين الحديثة فى عصرنا تحاول أن تصل إلى هذه النتيجة التى قررها فقهاؤنا منذ قرون عديدة.

كما أن شريعتنا تميزت بإعطاء سلطة واسعة للقضاة والفقهاء أولياء الأمر لابتكار الــتدابير المناســبة وتطويرها حتى تجارى تطور المجتمعات وأساليب التربية والتهذيب والإصلاح..

وتحاول النظم الوضعية تطوير أحكامها لتوفر قدرا من المرونة، وإن كان فقهنا قد ســبقها إلى ذلــك؛ فله فضل السبق فى إعطاء التعزير أكبر قدر من المرونة وتوسيع سلطة القضاء تبعا لذلك.

بحث إضافى للدكتور توفيق الشاوي

فى شريعتنا
أن المسئولية أمانة حمّلها الله للإنسان

*****

يقصد من المسئولية أن يتحمل شخص مسئول نتيجة عمله أمام جهة لها الحق فى محاسبته .

ويشترط لذلك أن يكون المسئول أهلا للمحاسبة عن هذا العمل مستحقا لها، أى أن يكون هو الذى أتى هذا العمل طائعا مختارا، وأن يكون اختياره عن علم وإدراك بنتائج ذلك العمل . فالمسئولية نتيجة الاختيار الحر والعلم والعقل الذى يمكن الإنسان المسئول من التمييز بين ما يجوز وما لا يجوز أو بين الخير والشر .

وقد ميز الله الإنسان دون غيره من المخلوقات بالتكليف وبالمسئولية لأنه منحه العقل، كما يميزه بالاختيار بين الخير والشر؛ وعهد إليه مقابل ذلك أن يكون مسئولا عن أعماله، وأن يتحمل نتيجة اختياره بقدر ما لديه من عقل وعلم واختيار حر، وأن تكون المسئولية أمام الله هى أساس الحساب والجزاء يوم الدين .

* * *

ويشترط للمسئولية أن يكون السائل صاحب الحق فى أن يتولى المساءلة، وليس هناك أقدر على ذلك من الله سبحانه لأنه هو الذى خلق الإنسان ووهبه العقل والإرادة والاختيار، وأنه هو القادر العليم الحكيم رب الناس ورب يوم الدين .

فى شريعتنا للمسئولية أمام الله أهمية كبرى أساسها الإيمان، فالإيمان بالله هو الذى يوجب على الإنسان المكلف أن يكون مسئولا أمامه لأنه سبحانه هو الذى خلقه ومنحه العقل والعلم وحرية الاختيار بين الخير والشر التى يتميز بها عن جميع المخلوقات .

إن هذه المسئولية أمام الله هى الأمانة التى عجزت الجبال والأرض والسماء عن أن تحملها وحملها الإنسان وحده مصداقا لقوله تعالى : ﴿إنا عرضنا الأمانة على السموات والأرض والجبال فأبين أن يحملنها وأشفقن منها وحملها الإنسان إنه كان ظلوما جهولا﴾ . [الأحزاب : 72] .

وهــذه المــزايا وضعها الله أمانة فى عنق بنى آدم، وعليهم أن يؤدوا هذه الأمانة عــندما يقفون بين يديه سبحانه يوم القيامة ليسألهم عما فعلوا ويجزيهم بما يستحقون من جزاء سواء كان نعيما لمن اختار طريق الخير أو عذابا لمن ارتكبوا الآثام والخطايا وسلكوا طريق الشر .

فى شريعتنا أن المسئولية أساسها أن الإنسان قد اؤتمن على نعم الله عليه التى تميزه عــن جميع المخلوقات وأولها العقل والعلم الذى ميزه بها عن الملائكة، مصداقا لقوله تعالى فى سورة البقرة: ﴿وعلّم آدم الأسماء كلها ثم عرضهم على الملائكة فقال أنبئونى بأسماء هؤلاء إن كنتم صادقين ۝ قالوا سبحانك لا عِلْمَ لنا إلا ما علَّمْتَنا إنك أنت العلــيم الحكيم﴾ [البقرة :31، 32]. وإلى جانب العقل والعلم ميزه بالإرادة الحرة التى تمكنه من الاختيار بين الخير والشر وبين الهدى والضلال، فأول واجب عليه هو أن يكون مسئولا عن الإيمان بالله الذى خلقه وصوره وأنعم عليه بهذه النعم، وكذلك الإيمــان بــالغيب أى بلقاء الله يوم البعث والنشور والحساب والجزاء يوم الدين فى الحياة الآخرة .

*****

وإذا كــانت المســئولية دينا فى ذمة البشر يلتزمون بأدائها يوم الدين، فإن الله ســبحانه فد شرع لهم أن يؤدوا حسابا دنيويا يتولاه القضاء عندما يرفع أمرهم إليه ليكون ذلك تمهيدا وإنذارا للحساب فى الآخرة .

وإذا كانت القوانين الوضعية تفرض عقوبات جنائية على مرتكبى الأعمال الضارة بأمن المجتمع، فإن شريعتنا لا تكتفى بمسئولية المخطئ أمام القضاء لأن خشية العقوبة الدنيوية لا تكفى لحماية المجتمع، فشريعتنا تجعل للإيمان بالله وبالبعث والنشور الدور الأكبر فى وقاية المجتمع من المجرمين المفسدين فى الأرض .

الإيمــان بعظمــة الله وقدرتــه يجعل المؤمن يخشى عذاب الجحيم الذى أنذر به من يــستجرءون عــلى مخالفة أوامره ونواهيه، وكل من يرتكب ما تَعُدُّه شريعتنا من الجرائم والمعاصى التى تستحق العقاب الأخروى إذا أصر عليها ولم يتب إلى الله ويستغفره، خشية عذابــه وغضــبه ســبحانه. ولهذه الخشية أثر كبير فى إحجام المؤمن عن المعاصي، وعن ارتكــاب ما نهى الله عنه، وتجعله يسلك طريق الاستقامة والهداية ويستجيب لدعوة الله لكــى يكون من المتقين، حتى إنه لو ارتكب خطيئة أو معصية فعليه أن يسارع إلى التوبة

ويطلب من الله أن يغفر له ذنبه ويعيده إلى الصراط المستقيم ويقبل توبته ويجعله من عباده المتقين – وبذلك تحقق الشريعة هدفها فى إصلاح الفرد والمجتمع .

صحيح أن شريعتنا لا تكتفى بهذا التهديد والتخويف من العقاب الأخروي، بل إنها قررت عقوبات دنيوية يفرضها المجتمع على من يستطيع أن يثبت أنهم يفسدون فى الأرض بما يرتكبونه من معاص وجرائم – لأن الله يزع بالسلطان ما لا يزع بالقرآن – وهـــذا العقاب الدنيوى ضرورى كلما ظهرت الجريمة واشتهر أمرها، وخاصة إذا كـــانت تهدد الأسس الثابتة للمجتمع أو الحقوق الإنسانية للأفراد، وكان لا بد من تســـليح المجتمع برادع دنيوى يمكنه من مجازاة المخطئين وتوقيع العقاب على المجرمين الذيـــن يثـــبت أمـــام القضاء ارتكابهم للجنايات والانحرافات التى تهدد أمن المجتمع واستقراره وأمن الناس وأمانهم .

ولـــا كانت هذه المسئولية الدنيوية غير كافية ولا كاملة، فإن الله سبحانه وتعالى طمأنـــنا بأنـــه ســـيتولى الحساب الكامل الشامل العادل يوم الدين، وبذلك تكون المســـئولية فى شريعتنا محققة للعدالة الكاملة الشاملة لأنها عدالة إلهية وعدالة قضائية معا... فالمسئولية الدنيوية هى إنذار وتذكرة بالمسئولية الكاملة يوم القيامة .

إن عدالـــة القضاء وحدها لا يمكن أن تكون كاملة لأن القضاء لا يحاكم إلا من يقدمـــه لـــه الادعاء، وأجهزة الادعاء (النيابة العامة) لا تحقق إلا مع من تقدمهم لهم أجهـــزة الشرطة، وهذه الأجهزة تعرف أن كثيرا من الجرائم لا يبلغ عنها لأن المجنى عـــليه لا يرى فائدة من ذلك – إذ لا يريد أن يشغل نفسه بالشكوى لأنه لا يعرف الجانى أو ليس له أدلة كافية على من يتهمهم. والنتيجة أن أغلب مرتكبى الجرائم لا يقدمـــون لـــلمحاكمة الجنائية، لذلك فإن العدالة القضائية تصور على أنها معصوبة العيـــنين فهى لا ترى الجرائم عند وقوعها ولا تنظر فى قضايا لا يوجد بها دليل كاف ضد متهم معين .

وإذا أراد الإنسان أن يطمئن إلى العدالة الكاملة فلن يجدها إلا فى العدالة الإلهية، لأنه سبحانه وتعالى يعلم السر وأخفى، وهو يحاسب كل شخص عن عمله يوم الدين ولا يفلت من حسابه أحد .

فالعدالـــة القضـــائية والمسئولية الدنيوية إذا كانت ضرورية ومفيدة، فإنها ليست كافية ولذلك فإنها تحتاج إلى العدالة الإلهية لتكون كاملة – والذين يريدون الاقتصار

عـــلى العدالة البشرية يعلمون أن عدالتهم القضائية عرجاء كما أنها عمياء معصوبة العيـــنين. فالعدالـــة الكاملة لا يمكن إلا أن تكون إلهية فى اليوم الآخر – كما تقرره شريعتنا التى تبدأ بالإيمان بالله وبالحساب والجزاء يوم الدين إلى جانب عدالة القضاء فى الحياة الدنيا .

* * *

وهذا الحساب الدنيوى يشترط فيه جميع الشروط التى يقوم عليها حساب الآخرة مضافا إليها شرطان :

الأول : أن الجماعة هى التى تتولى هذا الحساب باعتبار أن حقوق الجماعة تكون حقوقا لله وأن ينوب عن الجماعة القضاء المستقل .

الـــثانى : أن يلـــتزم القضاء باتباع الأصول والإجراءات التى شرعها الله لإقامة العدل بين الناس حتى لا يظلم شخص برىء .

ومع ذلك، فإن هذا الحساب الدنيوى معرض للنقص والخطإ ككل أعمال البشر، لذلـــك فإن الله وعدنا بأن يعاد الحساب الكامل الشامل العادل يوم الدين، وبذلك تكون المحاسبة يوم الدين مصححة ومكملة للحساب الدنيوى الذى هو مجرد تذكير وإنذار للحساب فى الآخرة .

إن المســـئولية الدنيويـــة شرعت لتردع الإنسان عن طريق الفساد والشر الذى ارتكبه وتدعوه لكى يندم على فعله ويتوب إلى الله توبة خالصة وعدنا الله أن يتقبلها ويغفر للتائبين ما يتحملون من سيئات. وقد وعد الله سبحانه وتعالى المؤمنين الصادقين بأنه سوف يتوب عليهم إذا ندموا واستغفروا موقنين أنه سبحانه هو الغفور الرحيم. فالـــتوبة أساسها الإيمان برحمة الله ومغفرته، وهذه ميزة كبرى للمؤمنين بالله والذين يؤمنون بالغيب والجزاء يوم الدين أمام الله سبحانه وتعالى .

إن تشـــريعنا الجنائى وعدالتنا القضائية الدنيوية هدفها الأول أن يتوب مرتكب الخطيئة ويندم عليها ويعلن عدم عودته إليها خشية من عذاب الله وعقابه يوم الدين، فـــلذلك كان أول وصف للمؤمنين الصالحين هو أنهم المتقون، والتقوى أولى علامات الإيمان.

وإذا كـــانت التوبة دليلا على التقوى، والتقوى علامة الإيمان بالله، فإننا نستطيع أن نقـــول إن الـــتوبة هى علامة الإيمان بالله والرجوع إليه والثقة به. ولا نعتقد أن

المخطئ هو المسئول وحده أمام الله عن التوبة، بل إن المجتمع يتحمل نصيبا من هذه المسئولية ويمثله القضاة وأعوانهم. لذلك اتفق جمهور فقهائنا على أن من واجب القاضى أن يذكر المتهم بواجبه فى التوبة وينصحه بها ويشجعه عليها، اقتداء برسول الله ﷺ وصحابته.

ولا يجوز فى نظرنا أن يحكم الحاكم أو القاضى بعقوبة جنائية أيا كانت إلا بعد أن يثبت لديه عدم استعداد المتهم للتوبة أو رفضه دعوته إليه وإصراره على سلوكه الشاذ والضار بالمجتمع .

إن شراح القوانين الوضعية بينهم حوار طويل عن الهدف من العقوبة :

فالبعض يقول إنها رد فعل للجريمة، أو زاجر ورادع للمجرم. وبعضهم استقروا على أنها دفاع اجتماعى لحماية المجتمع من المجرمين. وشريعتنا قد أراحتنا من هذا الجدل، لأن الحماية الحقيقية للمجتمع هى التوبة الصادقة النصوح. فالهدف من تقرير العقوبات هو حمل المخطئ على التوبة وتشجيعه عليها، ولا يكون ذلك إلا إذا بين له القاضى أن التوبة ستكون سببا لرفع العقوبة عنه إذا كانت جدية وصادقة ومخلصة .

وإذا أصر المسيء على رفض التوبة والندم على فعله، فإنه يستحق العقوبة لا بسبب الجريمة التى ارتكبها فقط، بل وأيضا بسبب إصراره على مواصلة الانحراف ورفض التوبة والاستغفار...

المسئولية المدنية والجنائية في الشريعة الإسلامية[*]

للدكتور / عبد الرزاق السنهورى (بك)
عميد كلية الحقوق سابقا
ووزير التعليم المصرى الأسبق

لكى نبين أحكام المسئولية المدنية والجنائية فى الشريعة الإسلامية، يجب أولا أن نميّز بين الأضرار البدنية والأضرار المتعلقة بالمال .

ففى نطاق الأولى، نجد أن أحكامها محدودة، وإن صح القول فإن جذورها قديمة.

وعندما ننتقل إلى مجال الإضرار بالمال، نلاحظ تقدما كبيرا وأن منابع أحكامها علمية بحتة، وتسير فى تطورها على منهج يماثل منهج الأنظمة الحديثة .

وتفسيرا لهذا الفرق، قيل إن الفقهاء المسلمين، فى مجال الأضرار البدنية، راعوا التقاليد العربية السابقة على الإسلام والعادات البدوية الفطرية التى أيدت معظمها النصوص القرآنية . لذلك لم يكن لاجتهادهم إلا نطاق محدود التأثير على التطور فى هذا المجال .

وبالمقابل وفى نطاق الإضرار بالمال، كان المجال مفتوحا لاجتهادات الفقهاء الذين كان لهم تأثير كبير على تطور مبادئ المسئولية المدنية .

---

[*] هذا البحث هو جزء من التقرير المقدم من الأستاذ العميد الدكتور "عبد الرزاق السنهورى بك" إلى المؤتمر الدولى الثانى للقانون المقارن الذى عقد فى لاهاى فى شهر أغسطس عام ١٩٣٧م .

وقد نشر النص الفرنسى لهذا التقرير بالجزء الأول من مجموعة مقالات وأبحاث الدكتور "السنهوري" التى نشرتها كلية الحقوق بجامعة القاهرة – عدد خاص من مجلة القانون والاقتصاد .

وقام بترجمته الأستاذ/ بلقاسم بلحاج حسين إبراهيم من تونس، والدكتور/ أيمن سعد عبد المجيد سليم، مدرس القانون المدنى بكلية الحقوق بجامعة القاهرة، تحت إشراف الأستاذ الدكتور توفيق الشاوى ومراجعته.

وبـــناء عليه، سنقوم ببحث المسألة تحت بابين اثنين : الأضرار البدنية، والإضرار بالمـــال، مســـتفيدين من التقارير الخاصة التى وصلتنا من الأزهر الشريف وفلسطين ولبنان وكذلك من بلاد فارس .

وبهـــذا الخصوص، نشير إلى تقرير السيد "إميل طيان" المستشار بمحكمة النقض والمكـــلف بالتدريس فى مدرسة الحقوق الفرنسية فى بيروت، وهذا التقرير مستوحى مـــن الأطـــروحة الممتازة التى تقدم بها فى نفس الموضوع أمام كلية الحقوق فى ليون (فرنسا) سنة ١٩٢٦ .

فى البداية نبدأ بمجال الأضرار البدنية .

الجزء الأول

الأضرار البدنية

(الأفعال الماسة بحياة الإنسان أو سلامة بدنه)

فى الجزيــرة العــربية وفى الفترة قبل الإسلام، نجد أن الأخذ بالثأر كان هو المبدأ السـائد، كما هو الحال فى أى مجتمع فطرى. كذلك نجد أن التضامن العائلى، سواء كـان من جانب الجانى أو المجنى عليه، هو السائد فى تلك الفترة، إذ إن الجانى ليس المسـئول الوحيد بل كل قبيلته، وإن المجنى عليه ليس الوحيد فى المطالبة بالثأر بل إن عشيرته كلها تطالب بهذا الحق .

وإذا كان المستوى الحضارى الذى وصل إليه العرب قبل الإسلام قد مكنهم من الانـتقال إلى نظـام التصالح الاختيارى، فإنهم برغم ذلك لم يتمكنوا من تجاوز هذا النظام للوصول إلى نظام الصلح الإجبارى (الدِّية) .

لم يغير الإسلام أساس المسئولية فى هذا المجال، وبقيت المسئولية الجنائية تعالج نزعة الثأر الشخصى، وبقيت المسئولية المدنية مرتبطة مع المسئولية الجنائية .

إن الإسلام أصلح هذا النظام الفطرى من عدة نواح، حيث أدخل فى البداية نظام الصلح الإجبارى أو الشرعى (الدِّية الشرعية) .

ثم بعد ذلك، حصر التضامن العائلى (العاقلة) فى بعض الحالات المحدودة .

وأخيرا، لجأ إلى تدخل السلطة العامة لمتابعة ومحاكمة الجانى، بل وفى تنفيذ الأحكام الصادرة فى هذه الجرائم .

وسوف نتناول هذه الموضوعات الثلاثة :

١- الصلح الإجبارى (الدِّية) .

فى الـبداية، أدخل الإسلام نظام الصلح الإجبارى، حيث إن الثأر الشخصى فى الجزيـرة العربية فى فترة ما قبل الإسلام لم يعرف إلا التصالح الاختيارى . فإذا رفض المجنى عليه هذا التصالح، يبقى حقه فى الأخذ بالثأر قائما. وهذا الثأر الجاهلى لم يكن مـنظما ولم يكن هناك ضمانات للمساواة بين الضرر والثأر، بل إن الفوضى الشاملة كانت هى السائدة فى تطبيق هذا الثأر .

ومـــن بـــين أهم التجديدات العديدة التى أتى بها الإسلام والتى سمحت للصلح الإجبارى (الدِّية الشرعية) بأن يأخذ مكان التصالح الاختيارى، نذكر اثنين هما :
المساواة فى تطبيق القصاص .
والــتمييز بــين الجرائم المتعمدة التى تخضع وحدها لنظام القصاص والجرائم غير المتعمدة التى يطبق فيها نظام الصلح الإجبارى (الدِّية).

(أ) **<u>مبدأ المساواة في القصاص</u> :**

قبل كل شيء، فرض الإسلام أولا المساواة التامة فى ممارسة القصاص بين الضرر الواقــع (الــذى أصــاب المجــنى عليه) والضرر الذى يمكن أن يحدث (للجانى من القصـــاص)، حيث أوجب أن يستبدل بالثأر، الذى أصبح يسمى بالقصاص، الصلح الإجــبارى فى جميع الحالات التى لا يمكن فيها التأكد من تحقيق هذه المساواة التامة (هداية ٤، ١٣٤).

بناء على ذلك، ففى حالة جرائم القتل لا يمكن تطبيق القصاص بين الرجل والمرأة ولا بــين الحــر والعبد، وأيضا لا قصاص بين العبيد على اختلاف درجاتهم (كتاب الخراج، ص٢٤٤) .

كما أن إتلاف (قطع) عضو من الأعضاء لا يوجب حد القصاص إلا إذا كان هذا الإتلاف (القطع) قد حدث فى المفاصل، وكذلك الحال بالنسبة لكسر أحد العظام .

وتوجـــد قيود أخرى استبعد منها القصاص ليحل محله الصلح الإجبارى (الدِّية). وهـــذه القيـــود كثيرة العدد، حتى جعلت الأديب "إميل طيان" يقول فى كتابه عن الموضـــوع : "إن هذه القيود وصلت إلى حد أن القاعدة قد انعكست حتى إنه يمكن القـــول كذلك إن القصاص قد ألغى بالنسبة للأضرار البدنية، ما عدا بعض الحالات المحدودة الذكر. (نظام المسئولية فى الشريعة الإسلامية، بيروت ١٩٢٩، ص١٠٠).

(ب) **التمييز بين الجرائم المتعمدة والجرائم غير المتعمدة :**

أدخل الإسلام تجديدا آخر هو التمييز بين القتل المتعمد والقتل غير المتعمد، وهذا الـــتجديد لـــه أهميـــة كبيرة فى تقييد تطبيق القصاص لصالح مبدإ الصلح الإجبارى (الدِّية).

فجـــريمة القتل المتعمد هى وحدها التى تستحق القصاص. أما القتل غير المتعمد، فيطبق فيه مبدأ الصلح الإجبارى (الدية).

قبل دخول الإسلام، كانت العرب لا تميز بين هاتين الحالتين، وكانت تقضى دائما بحق الثأر الفردى الذى يستبدل به إذا اقتضى الأمر التصالح الاختيارى. لكن القرآن أوجب هذا التمييز بين جرائم العمد والخطإ، وفرض الصلح الإجبارى فى حالة القتل غـــير المتعمد بقوله تعالى: ﴿وما كان لمؤمن أن يَقْتُلَ مؤمنا إلا خطأ ومن قَتَل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلَّمة إلى أهله إلا أن يصَّدَّقوا﴾ [النساء: ٩٢].

وبـــناء عليه، نرى أنه لا سبيل فى حالة القتل غير المتعمد (الخطأ)، سوى الصلح الإجـــبارى (الدِّية) . بينما فى حالة القتل المتعمد، يترك الأمر لورثة المجنى عليه (ولى الدم) للاختيار بين القصاص والصلح (الدِّية) (أو أى مبلغ تعويض آخر يرضيهم) .

ويلاحـــظ أن الفقهـــاء اســـتفادوا من هذا التمييز للمزيد من تقييد مجال تطبيق القصاص، وذلك بوسائل مختلفة هى :

(١) وسَّـــعُوا نطـــاق التمييز ليشمل الأضرار البدنية بالإضافة إلى القتل، أى أن إحـــداث أى ضرر بدنى غير متعمد (سواء كان قتلا أو غيره)، يجب أن يخضع لنظام الصلح الإجبارى (الدِّية).

(٢) بعـــد ذلك، ميزوا بين القتل (أو الأضرار الأخرى) الناتجة مباشرة عن الفعل الذى ارتكبه الجانى، وهذا وحده يخضع للقصاص، وبين الأضرار الأخرى (غير القتل) الـــناتجة بالتسبب عن الفعل الذى قام به الجانى، وهذه تخضع لنظام الصلح الإجبارى (الدِّية) .

(٣) حـــتى فى نطـــاق القـــتل المتعمد، أخضع الفقهاء بعض الحالات إلى الصلح الإجـــبارى (الدِّية) بدلا من تطبيق حكم القصاص، وذلك بالتمييز بين القتل المتعمد الذى ارتكب بآلة قاتلة بطبيعتها، وبين ما يَعُدُّونه صورة من القتل شبه المتعمد والذى قد يتوافر فيه القصد الجنائى ولكنه لم يرتكب بآلة قاتلة بطبيعتها، لذا فإنه لا يستحق القصاص.

إن الحالـــة الأولى التى يكون القتل فيها بآلة قاتلة بطبيعتها هى وحدها التى يجب فيها القصاص.

(٤) كنتيجة منطقية لمبدإ أن القصد الجنائى ضرورى لتطبيق حكم القصاص، فإن الفقهـــاء أعفوا من المسئولية الأحداث غير المميزين والمختلين عقليا، فضلا عن الذين

كـــانوا فى حالـــة الدفـــاع الشرعى عن النفس أو فى حالة الضرورة . وفى كل هذه الحالات يطبق الصلح الإجبارى (الدِّية) .

(٥) وأخـــيرا الـــتزم الفقهاء بمبدإ أن القصاص لا يتجزأ، واستخلصوا منه نتائج مهمـــة: ففـــى حالة تعدّد المطالبين بتطبيق القصاص، إذا تنازل أحدهم عن حقه فى القصـــاص، لا يمكـــن للـــبقية أن يطالبوا بهذا الحق، ويجب عليهم الاكتفاء بالصلح الإجبارى (الدية).

أما فى حالة تعدد الجناة، فإذا كان أحد منهم لا يخضع للقصاص (حدث أو مجنون مـــثلا)، فإن البقية التى تواجه حكم القصاص يسقط عنهم هذا الحكم وينتقلون إلى نظام الصلح الإجبارى (الدِّية) .

ومـــن السهل أن نلاحظ أن هذه القيود على مبدإ القصاص التى أدخلها الإسلام (لتضييق نطاقه) جعلت من الصلح الإجبارى (الدية) قاعدة ومن القصاص استثناء .

٢ـ إلغاء التضامن العائلى (العاقلة) :

ألغـــى الإسلام أيضا التضامن العائلى فى حالة الجرائم المتعمدة؛ إذ فى هذه الجرائم تكون العقوبة شخصية سواء وجب القصاص أو استُبدِل به لأى سبب من الأسباب الصـــلح (الديـــة) . حيـــث إن الجانى وحده هو الذى يتحمل هذه المسئولية. وهذا التجديد الذى أدخله الإسلام يعود أولا إلى الأصل الجوهرى للإسلام الذى قد أرسى مـــبدأ شخصية الثواب والعقاب، حيث نقرأ فى القرآن الكريم ﴿ولا تزر وازرة وزر أخرى﴾ [الإســـراء : ١٥، فاطـــر : ١٨، الزمر : ٧]، فضلا عن أن القصاص عند اليهود كان دائما شخصيا .

بالإضـــافة إلى ذلـــك، نلاحـــظ أنه حتى فى حالة الجرائم غير المتعمدة التى يكون الصلح فيها إجباريا، توصل الفقهاء إلى إلغاء التضامن العائلى بسلسلة من القيود .

فى الـــبداية، استبعد التضامن العائلى حيث إن الصلح (الدية) يتوجب فقط على الجانى وحده، وذلك عندما يكون هذا الصلح نتيجة للاعتراف أو لقرار المحكمين أو نتـــيجة لاتفاق . حيث إن التضامن العائلى يجب أن يكون نتيجة للجريمة ذاتها بدون تدخـــل من إرادة الجانى أو غيره . وتطبيقا لهذا المبدإ فإنه فى الحالة التى يكون الصلح (الدِّية) فيها متروكا لتقدير القاضى، فإن الجانى هو وحده الذى يتحمل المسئولية .

وأخـــيرا، وفى نطاق هذه القيود، فإن التضامن العائلى مقصور على العرب حيث يمـــثل بالنســـبة إليهـــم قاعدة تقليدية. أما بالنسبة لغير العرب، فإن مبدأ المسئولية الشخصية هو الواجب التطبيق دائما .

٣ـ تدخل السلطة العامة

أدخـــل الإســـلام الســـلطة العامة فى ملاحقة ومقاضاة الجناة، وكذلك فى تنفيذ الأحكـــام الصادرة ضدهم، حيث أنشئ جهاز يسمى جهاز الشرطة مكلف بتوجيه الاتهام للمجرمين وتقديم الأدلة ضدهم .

بعد ذلك ينظر القاضى فى القضية ويصدر حكمه حسب تقديره لمسئولية المتهم فى التهم المنسوبة إليه.

أما بالنسبة لتنفيذ الحكم، فإن العرب فى فترة ما قبل الإسلام كانوا يمارسون نظام الثأر الشخصى . حيث إن الشخص المجنى عليه يتابع بنفسه أخذ (تنفيذ) هذا الثأر .

وبالـــرغم من أن الفقهاء المسلمين يواصلون التأكيد على أن الشخص المجنى عليه يمكن أن يطبق القصاص بنفسه، فإنهم قرروا أن القصاص يستلزم المساواة الكاملة وأن الســـلطة العامـــة هى التى تضمن عدم الإخلال بالمساواة وتتولى هى تنفيذ القصاص خوفا من عدم خبرة أو سوء نية المجنى عليه إذا سمح له بتطبيق القصاص بنفسه .

فـــبالرغم من أن السلطة العامة تؤدى دورا كبيرا فى ملاحقة ومحاكمة الجانى وفى تنفيذ الحكم، فإنه فى نظرنا لا يجب الاعتقاد بأن الأفعال التى تسبب الأضرار البدنية تُعَـــدّ مـــن الجـــرائم العامة فى الشريعة الإسلامية، ولا أنها جرائم مدنيّة. بل إن هذه الأفعال تحتل مكانا مماثلا للجرائم الشخصية فى القانون الرومانى .

وفى الواقـــع، فـــإن الجزاء على هذه الأضرار هو عقوبة شخصية (فى نظرنا لأن توقيعها حق شخصى للمجنى عليه). وتحتل موقعا وسطا بين العقوبة العامة والتعويض المدنى* .

* لا نوافق السنهورى على محاولة قياس الفقه الإسلامى على القانون الرومانى، لأن القصاص وحده هو الذى يُعَدّ حقا للمجنى عليه — وهناك التعزير ولا حق للمجنى عليه فيه، وهو الجزاء الأصلى فى نظرنا.

لذلــك، يجــب الــتمييز بــين هذه الجزاءات الثلاثة: القصاص، والدّية الإجبارية، والاخــتيارية فى الــنظام الإسلامى. وأساس هذا التمييز هو التفرقة بين صنفين من الحقوق: حق الله، وحق العبد .

فالجــزاء الــذى يكون حقا خالصا للعبد يكون إما عقوبة شخصية وإما تعويضا مدنيــا. أمــا الجزاءات التى تُعَدُّ حقا لله، فهى ما لا يمكن أن يكون حقا لأحد بعينه، ولذلك تنسب إلى الله سبحانه تعبيرا عن أهميتها وعموميتها . لهذا، فإن حق العبد هو ما تتوقف عليه مصلحة شخصية .

لكــى نحــدد الجــرائم العامة، يجب أن نذكر العقوبات العامة، وهى حقوق الله وعددها أربعة : الحد والتعزير والكفارة والحرمان من الميراث (ومن الوصية) .

ونحــن نتوقف عند عقوبتى الحد والتعزير. فالحد هو عقوبة مقررة حددها النص الشرعى وعددها خمسة : قطع اليد فى حالة السرقة، والجلد (أو الرجم) فى حالات الــزنا، والجلد فى حالة شرب الخمر والقذف، وقطع اليد والرجل والصلب فى حالة قطع الطريق .

وعــدا هذه العقوبات المذكورة، فقد تركت الشريعة الباب مفتوحا لعقوبات فى جرائم عامة أخرى (تستحق التعزير).

فــيما يتعــلق بالجزاءات العامة (فى التعازير)، فقد تركت الشريعة للقاضى حرية تقدير الفعل الذى يعاقب عليه وتحديد الجزاء . وهو مبدأ قد يتعارض مع القاعدة التى تقــول : "لا عقوبة دون نص" . ومع ذلك فقد دخل مثل هذا المبدإ (الاستثنائى) فى قوانين بعض الدول العصرية .

تــلك هــى الجزاءات الجنائية العامة التى تقررها الشريعة الإسلامية والتى تتميز بالآتى :

(١) الأصل أنها غير قابلة للتنازل أو التصالح .

(٢) أنها غير قابلة للانتقال عن طريق الوراثة (سلبا أو إيجابا) .

(٣) فى حالة تعدد الأحكام، لا يجوز الجمع بينها .

(٤) أنها تخفض إلى النصف، إذا كان المجنى عليه أو الجانى من العبيد .

وفى مقـــابل الجريمة العامة، نجد ما يسمى الآن بالجريمة المدنية (فى الفقه الوضعى) الـــتى تتمثل فى الأضرار التى تصيب المال وجزاؤها التعويض المدنى . وسنبحث فيما بعد أحكام الشريعة الإسلامية بخصوص هذه الأضرار (الجرائم).

ويتوسط بين الجريمة العامة وما يسمى بالجريمة المدنية نوع من الجرائم الجنائية التى يـــترتب عليها جزاءات شخصية – وهذا النوع من الجزاءات يتمثل فى حكم بجزاء يجمـــع فى مميزاته بين العقوبة العامة والتعويض . وهذا الجزاء قابل للتنازل والتصالح، وكذلك قابل للانتقال عن طريق الوراثة . كما أن الجمع بين الجزاءات من هذا النوع مقـــبول . ولا تخفـــض العقوبة للنصف بالنسبة للعبيد . وهذه الجزاءات التى نَعُدُّها شخصـــية وعددهـــا خمس هى كالتالى : القصاص والتعزير الشخصى والدِّية وديات الأعضاء (الأرش) وما يترك لتقدير القاضى من جزاءات ذات طابع شخصى.

لا يجـــب القصاص إلا عندما تكفل المساواة بين الضرر البدنى الذى أصاب المجنى عليه وبين الضرر الذى سيصيب الجانى تطبيقا للمبدإ الذى قرره القرآن الكريم الذى قضى بأن : النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص .

يطبق القصاص فى الحالات التالية :

(١) فى حالة القتل المتعمد . هنا يكون القصاص إما حقا للمجنى عليه الذى ينتقل إلى الورثة، وإما حقا خاصا بالورثة حسب "أبو حنيفة" .

ويسقط هذا الحق بالتنازل (عفو المجنى عليه قبل موته أو عفو ورثته عن الجانى بعد موته)، أو فى حالة المصالحة بالاتفاق على دفع الدية .

(٢) فى حالـــة الجروح البدنية العمدية الأخرى، يشترط المساواة الكاملة : العين بـــالعين والأنف بالأنف إلى آخره، ويكون القصاص هنا حقا للمجنى عليه، ويسقط هذا الحق بالتنازل أو بالتصالح .

وفى نطاق التعازير، يجب التفرقة بين ما يُعَدّ منها جزاء خاصا وما يُعَدّ جزاء عاما، وكلاهما خاضع لتقدير القاضى فى تحديد الفعل المستحق للتعزير والجزاء المناسب لكل فعـــل. والـــتعزير يكون فى نظرنا جزاء خاصا إذا كان يترتب على عدوان على حق شخصى (من حقوق الإنسان الشخصية) وليس على حق عام من حقوق الجماعة (أو حقوق الله) .

إذا خرجـــنا عـــن نطاق الأضرار البدنية التى يترتب عليها القصاص أو الصلح أو تكون فيه السلطة التقديرية للقاضى، وكذلك، إذا خرجنا من نطاق الأضرار التى تصـــيب المـــال حيث يجب التعويض المدنى (الضمان)، توجد هنا جرائم خاصة مثل التغرير (الإغواء) أو القذف أو المنافسة غير المشروعة وما إليها*. وهى جرائم يكون للقاضـــى بحســـب تقديره العادل أن يَعُدّها اعتداء على حق شخصى وليس حقا من حقوق الجماعة . لذلك، يجازى عنها بجزاء خاص يقدره هو (أى المجنى عليه) . وهذا الجزاء فى نظرنا يجمع بين صفات العقوبة والتعويض المدنى .

* قـــد يكون هذا صحيحا بالنسبة للقانون الرومانى، أما بالنسبة للشريعة فلا نوافق عليه. وإذا كانت جريمة قذف المحصـــنات بالزنا لها أحكام خاصة بالإثبات فإنها قطعا ليست مقررة لصالح المجنى عليه وحده بل هدفها تقييد حـــق القاذف فى إلقاء الاتهامات على المحصنات وإلزامه أولا رفع الدعوى التى يلزم فيها بشروط باهظة مثل تقديم أربعة شهود رؤية، ومعاقبته على القذف بالجلد إذا لم يتوافر هذا العدد من الشهود .

الدِّية

يجب الصلح (الدِّية) فى الحالات التالية :

(١) فى حالــة القتل غير المتعمد، وهنا تكون (الدِّية) إجبارية ويتحملها جميع أفراد القبيلة أو العشيرة (العاقلة) بما فيهم الجانى نفسه. أما إذا كانت الدية واجبة نتيجة اتفاق أو اعتراف من الجانى أو نتيجة لجريمة قتل غير متعمد، حل فيها الصلح الاختيارى محل القصاص، فإنه فى هذه الحالات يكون الجانى وحده هو الذى يتحمل (الدية) .

(٢) فى حالــة الإصــابات البدنية غير المتعمدة (غير القتل العمد الذى يكون فيه القصــاص واجبا، إذا كان الجرح متعمدًا، تكون الدية مغلظة حيث تصل إلى ١٠٠ بعــير أو ٢٠٠ بقــرة أو ١٠٠٠رأس من الغنم أو ٢٠٠رداء أو ١٠٠٠ دينار أو ١٠,٠٠٠درهم .

بالإضــافة إلى ذلــك، فإن الأرش هو جزء من الدِّية الواجبة بسبب الإصابة التى تتلف أحد الأعضاء . فمثلا تجب نصف الدِّية لفقدان إحدى العينين، وعشْرها لفقدان إحدى الأصابع إلخ .. .. ..

وفى حالة الأضرار البدنية غير المتعمدة أو المتعمدة عندما لا يمكن ضمان المساواة الكامــلة بين الضرر الواقع على المجنى عليه والضرر الذى سيقع على الجانى بسبب القصــاص، فى هذه الحالة يتدخل تقدير القاضى الذى يحدد العقوبة باستعمال سلطته الــتقديرية، وهــنا نرى أن هذا المبدأ قد فتح الباب على مصراعيه لتطوير الجزاءات المتعلقة بالأضرار البدنية فى الشريعة الإسلامية وذلك بإعطائها وجهة جديدة .

بعد أن أوضحنا ما يمكن عَدُّه جريمة شخصية* فى الشريعة الإسلامية، يبقى لنا أن نــبين أنه فى نطاق الأضرار البدنية (والجرائم الأخرى ما عدا الأضرار المالية) حيث تطبق فيها سلسلة من الجزاءات الشخصية (القصاص، التعزير بجزاء شخصى، الدِّية، الأرش وتقديــر القاضى) . وبالرغم من تدخل السلطة العامة فى ملاحقة الجريمة وفى تــنفيذ الأحكــام، فإنه يبقى هناك مزج فى الشريعة الإسلامية بين المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية (التى ستكون موضوع الجزء – الثانى عن المسئولية المدنية) .

---

* نحن نوافق على وصف بعض الجزاءات بأنها شخصية (مثل القصاص والدية)، لكنا لا نوافق على وصف الجــرائم التى تطبق فيها العقوبات بأنها جرائم شخصية، لأن الأصل فيها أن جزاءها هو التعزير وهو ليس جزاء شخصيا.

الجزء الثانى

الأضرار المالية

فى مجال الأضرار المتعلقة بالمال، يبرز بوضوح التمييز بين المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية فى الفقه الإسلامى .

وقد لاحظنا فى هذا المجال أن النظام الإسلامى هو الأكثر تقدما، حيث قدم الفقهاء المسلمون نظاما للمسئولية التقصيرية أكثر تطورا وأكثر دقة من النظام الذى نجده فى القانون الرومانى بل وفى الأنظمة والقوانين العصرية الأكثر تقدما .

فى البداية، ميّز الفقهاء المسلمون بين المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية، وكذلك بين المسئولية التعاقدية والمسئولية التقصيرية .

ثم أعدوا بعد ذلك نظاما للمسئولية التقصيرية على أساس الخطإ (وفقا لمفهوم النظريتين المادية والشخصية) مع تقرير مبدإ التعسف فى استعمال الحق.

وسنبحث بإيجاز التمييز المزدوج بين المسئولية الجنائية والمدنية وبين المسئولية التعاقدية والتقصيرية .

ثم ننتقل بعد ذلك إلى بحث أحكام المسئولية التقصيرية .

١ـ تمييز مزدوج

(أ) **المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية** نجد أن هذا التمييز قائم بوضوح فى حالة ارتكاب جريمة عامة مثل السرقة. فقد ناقش العلماء المسألة لمعرفة هل يوجد أيضا بجانب العقوبة الحدّية بقطع يد السارق جزاء مدنى وهو التزام السارق بضمان الشيء المسروق.

من المتفق عليه أن السرقة تؤدى إلى دعويين :

(١) دعوى جنائية وهى الجزاء على انتهاك حق الله (فى حرمة الأولى) وموضوعها إقامة الحد بقطع يد السارق .

(٢) دعوى مدنية وهى جزاء التعدى على حق مالى للعبد المجنى عليه فى السرقة .

فى هذه الدعوى الأخيرة،هناك إجماع على إعطاء المجنى عليه حق استرجاع الشيء المسروق بعينه، إذا كان موجودا. أما فى حالة عدم وجوده، فتناقش المسألة لمعرفة إذا مـا كان لدى المجنى عليه دعوى ضمان ضد السارق.وهذا ما يقرره الشافعية الذين يعطون للدعوى المدنية كل الأهمية (البداية ج٧،ص ٤٨ وص٨٥) .

بالإضـــافة إلى ذلك، نرى أن نفس التمييز بين المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية موجـــود فى جرائم أخرى. فمن يشرب الخمر المملوكة لغير مسلم يواجه جزاءين : دعوى جنائية بتوقيع حد الشرب (الجلد) ودعوى مدنية (الضمان كحق للذمى مالك الخمر لأنها مقومة له) .

يخضع القتل الخطأ كذلك إلى دعويين : دعوى جنائية (لإلزامه بالكفارة) ودعوى لدفع الدِّية التى تحل محل الدعوى المدنية * (البداية ٧ص٨٤) . ولهذا يمكن لنا التأكيد على أن الفقهاء المسلمين ميزوا بوضوح بين الدعوى الجنائية والدعوى المدنية فى حالة وجود جريمة عامة . وهاتان الدعويان المختلفتان تحميان حقين مختلفين : حق الله وحق العبد[1] .

---

* رأينا أنها تحل محل الدعوى المدنية بمقدارها، بمعنى أنه إذا كان يستحق تعويضا يتجاوز مقدار الدِّية فعلى القاضى أن يحكم له به مضافا إليه الدِّية وليس بديلا عنها .

[1] توســع التقرير بعد ذلك فى شرح نظرية المسئولية المدنية فى الفقه الإسلامى، ونحيل القارئ الذى يهمه هذا الموضوع إلى النص الكامل للتقرير الذى نشرته مجلة القانون والاقتصاد فى عددها الخاص .

(ب) ـ المسئولية التعاقدية والمسئولية التقصيرية .

فى الشـــريعة الإســـلامية يمكـــن لـــنا أن نميز بين المسئولية التعاقدية و المسئولية التقصيرية، حيث لهذا التمييز أهمية عملية من وجهات نظر كثيرة :

(١) – من وجهة نظر الإثبات : فى المسئولية التعاقدية، كل ما يجب على الدائن هـــو أن يثـــبت العقـــد، وعلى المدين أن يثبت أنه أوفى بجميع التزاماته التعاقدية إما بالتنفيذ وإما بأى شكل آخر .

ولكن الدائن، فى المسئولية التقصيرية عليه أن يثبت الخطأ على الشخص المسئول. لذلك، فإن ورثة الشخص الذى لقى حتفه من جراء سقوط جدار عليه وهو يمشى فى الطـــريق العام، يلتزمون بإثبات المسئولية على صاحب الجدار، وذلك بتقديم البرهان أولا عـــلى أن المـــوت وقع بسبب سقوط الجدار. وثانيا بأن المالك قد أخطأ لأنه تم تحذيره فى السابق من خطورة الجدار (مبسوط ج ٢٦– ص ١١).

(٢) – مـــن وجهـــة نظر الأهلية : الأهلية فى التعاقد تقتضى البلوغ، ولا يمكن للقاصرين أو المختلين عقليا أن يلتزموا تعاقديا .

(٣) – مـــن وجهة نظر تقدير الخطإ : فى هذا النطاق، فإن تقدير الخطإ التعاقدى أكثر صرامة من الخطإ التقصيرى. ونعطى على ذلك مثالين :

أ– الوديـــع – (المودَع لديه) – الذى عرّف شخصا بمكان الشىء المودَع عنده يكـــون مسئولا عن سرقة هذا الشىء إذا قام بها الشخص الذى أعطيت له البيانات (فصـــولين ج١١– ص٨٤)، لأن العقـــد يلزمه بحفظ الشىء، ومن مستلزمات هذا الالتزام ألا يبوح بمكانه للغير. بينما إذا أعطيت هذه البيانات للسارق من قبل شخص ثالث، فإن مسئوليته لا تكون مرتبطة بمسئولية السارق (ضمانات،٢٠٣) .

ب – هـــناك خلاف على مسئولية الشخص الذى يفتح للعصفور باب القفص، وأدى ذلـــك لطيرانـــه، إذا لم يكن هو المودع لديه. لكن هذه المسئولية متفق عليها بالإجماع، بغض النظر عن ظروف طيران العصفور، فى حالة ما إذا كان هذا الشخص الذى فتح باب القفص هو المودع لديه العصفور (وأنه ملزم بحراسته وقد أخطأ بفتح باب القفص) .

وفى الحالة الأولى للشخص غير المودع لديه يكون الخطأ تقصيريا ومشكوكا فيه. وفى الحالة الثانية يكون الخطأ (المنسوب للوديع) تعاقديا ولا شك فيه (فصولين ج١١ – ص٨٤).

(٤) – مـــن وجهـــة نظـــر أسباب الإباحة (عدم المسئولية) : عندما يتعلق الأمر بالمســـئولية الـــناتجة عـــن تهديـــد يؤثـــر عـــلى الإرادة، فـــإن هذا يكفى لإفساد الالـــتزام(التعاقدى) . لكن لكى نستبعد المسئولية التقصيرية يجب أن يكون الإكراه كاملا (كأن يكون خطرا على حياة الإنسان أو على سلامة البدن) .

٢ـ أحكام المسئولية التقصيرية

نـــتقل الآن لـــبحث المسئولية التقصيرية . وعلى غرار الأنظمة الحديثة سنبحث الشـــروط الثلاثة للمسئولية فى الشريعة الإسلامية ألا وهى : الخطأ والضرر والعلاقة السببية .

أـ الخطأ

مفهوم الخطإ فى الشريعة الإسلامية يمثل النقطة الأكثر دقة والأكثر أصالة فى نظرية المسئولية المدنية . وانطلاقا من مفهوم موضوعى وفطرى بحت، فإن الفقهاء المسلمين توصـــلوا إلى مفهوم أكثر علمية وأقل فطرية وذى اتجاه شخصى أوضح، وذلك عن طريق استعمال دقيق أكثر تلاؤما مع مقتضيات المنطق العقلى .

فى الـــبداية، فـــإن المفهوم الموضوعى هو الذى تغلب فى نطاق ما يسمى بالضرر المباشر، أى الضرر الذى يندمج فى الفعل ذاته (وهو ضرر يسمى فى القانون الرومانى (corpore et Corpori). وفى هذا النطاق لا يلزم عنصر شخصى، إذ إن الفعل نفسه يـــندمج فى الضـــرر ويكون الخطأ . وبخلاف الجرائم التى نص عليها قانون "أكويلا" والتى تنتج عن إتلاف أو نقص مادى فى جسم معين، إذا كان ناشئا مباشرة عن فعل الجانى) * .

أما فى الشريعة الإسلامية، فنجد أن "الضرر المباشر" لا يحتاج إلى أى عنصر يمكن وصـــفه بأنه خطأ شخصى أو على أى خطإ ولو كان ذلك فى أبسط صوره. ومثال ذلـــك، فـــإن الشخص غير المميز أو الطفل أو المجنون هو المسئول عن الضرر الذى أحدثـــه مباشـــرة للغير. وقد بلغ تطبيق هذا الحكم أقصاه بقولهم إن الطفل الحديث

---

* حرصـــه على إقحام أمثلة من القانون الرومانى التزم به لأن التقرير مقدم لمؤتمر دولى فى لاهاى (هولندا) وأغلب الحاضرين فيه من الأجانب الذين يقدسون القوانين الرومانية القديمة ومصطلحاتها .

العهـــد بالولادة الذى سقط ساعة ولادته على شيء يخص الغير ويتسبب فى إتلافه، يكون الطفل ضامنا له برغم أنه لا يمكن أن ينسب إليه أى خطإ .

وفى مقـــابل "الضـــرر المباشر" وضع الفقهاء المسلمون "الضرر بالتسبب"، وهو الضـــرر الـــذى لا يندمج فى نفس الفعل ولكنه فقط نتيجة له. وهنا مثال كلاسيكى لتوضـــيح هـــذا الـــتمييز : شخص يقوم بقطع الحبل الذى يتدلى منه قنديل فيسقط القنديل ويتهشم . إن عملية قطع الحبل هى "الضرر المباشر" بينما الضرر الأكثر أهمية وهو تهشيم القنديل يُعَدُّ "الضرر بالتسبب" .

وفى مجال "الضرر بالتسبب"، لم يكتف الفقهاء المسلمون بتقرير المسئولية من جراء وقـــوع الضـــرر، بل يجب أن يكون العمل الذى تسبب فى الضرر قد ارتكب بدون وجـــه حق، أو أن يكون عملا غير مشروع. ولتوضيح الفارق بين "الضرر المباشر" و"الضـــرر بالتســـبب"، نقول عادة إن العمل الذى يحدث ضررا مباشرا هو سبب مستقل للضرر (لذلك يترتب عليه مسئولية تقصيرية لأنه عمل غير شرعى فى ذاته) . فى حـــين أن العمـــل الذى يتسبب فى ضرر لا يكون مستقلا، ويجب أن يثبت أن له طابعا غير شرعى لكى تترتب عليه المسئولية .

ومع ذلك، فإن الفقهاء، حتى فى مجال "الضرر بالتسبب"، ارتبطوا أيضا فى البداية بمفهـــوم موضوعى . وكانت نقطة انطلاقهم، كما يقول الأستاذ "طيان" فى تقريره، ليســـت عنصـــرا نفسيا بل مفهوما قانونيا بحتا، لأنهم وضعوا مبدأ فى مجال "الضرر بالتسبب" وهو : أن مرتكب العمل الذى يكون سببا فى الضرر للغير يكون المسئول عـــن هـــذا الضرر شرط أن يكون العمل الذى قام به "تعديا". و"التعدى" هو القيام بعمل بدون وجه حق. ونذكر هنا مثالين على ما سبق ذكره : شخص يحفر حفرة أو بئرا بدون ترخيص فى الشارع، يصبح مسئولا عن فقدان الحيوان الذى وقع فى هذه الحفرة ويلقى فيها حتفه . ذلك، لأن هذا الشخص تصرف بدون وجه حق . فلو فتح هذه الحفرة فى ملكيته الخاصة أو بموافقة السلطات، يكون العمل الذى قام به قانونيا ولا يكون مسئولا عن نتائجه الضارة بالتسبب، وعلينا ألا نبحث عما إذا كان الذى تســـبب فى الضرر قد مارس عملا خارج نطاق الحدود التى يراعيها إنسان له سلوك وذكاء عادى (معيار شخصى) . فالمعيار الوحيد موضوعى، وهو شرعية العمل الذى قام به.

ونختار المثال الثانى فى مجال ما يسمى بالغصب أو الإتلاف اللذين يشكلان التطبيقين الأساسين للمسئولية التقصيرية فى الشريعة الإسلامية. والغصب هو أخذ شيء مملوك للغير بطريقة غير شرعية، كما أن حيازة شيء مملوك للغير بدون حق حتى وإن كان بحسن نية وبدون عنف يُعَدّ غصبا، ويكون هذا العمل غير شرعى لأنه ارتُكِب بدون وجه حق . نأتى الآن إلى التطبيق المذكور. يجب على المغتصب أن يعيد الشيء الذى استولى عليه بدون وجه حق إلى صاحبه. ولكن إذا افترضنا أن الحائز على شيء يخص الغير بحسن نية أو بدون وجه حق، ولأى سبب من الأسباب هلك هذا الشيء بقوة قاهرة أو نتيجة لحادث غير متوقع، فهو مع ذلك يكون ضامنا لقيمة الشيء لصاحبه لأنه كان يحوزه بدون وجه حق .

إذن، وفى مجالى "الضرر المباشر" و "الضرر بالتسبب"، تمسك الفقهاء المسلمون بمفهوم موضوعى بحت . وسنرى الآن أن مجال "الضرر المباشر" سيبقى كاملا وسليما. بينما سيتركز اجتهاد الفقهاء على مفهوم "التعدى" فى مجال "الضرر بالتسبب"، إذ إنهم سيصلون تدريجيا من مفهوم موضوعى إلى مفهوم أكثر شخصية حيث سيتدرجون فى معنى كلمة "التعدى" ليصلوا إلى مفهوم يقارب "الخطأ" فى القانون الحديث. ومنذ الآن، فإن التعدى الذى كان فى السابق عملا غير شرعى (موضوعيا) بدون خطإ، سيصبح عملا غير شرعى بالإهمال، وكذلك عملا غير شرعى بإساءة استعمال الحق.

وبذلك سنكون مسئولين عن عمل (غير مشروع) فى الأحوال الآتية :

١- عندما نتجاوز حقوقنا حتى بدون إهمال .

٢- عندما نتجاوز حقوقنا بإهمال .

٣- عندما لا نتجاوز حقوقنا، ولكننا نتعسف فيها (تعسف فى استعمال الحق).

لقد بحثنا الافتراض الأول، وبقى لنا أن نتابع تطور الفقه الإسلامى فى الاحتمالين الأخيرين، وهما تجاوز الحق مع الإهمال أو التعسف فى استعمال الحق .

- **تجاوز الحق مع الإهمال** : هنا ننتقل من المفهوم الموضوعى إلى المفهوم الشخصى . حيث إن الإهمال هو حالة نفسية، يُعَدّ أساسا للمسئولية .

ولكن هذه المسئولية الشخصية تقوم على معيار مزدوج: موضوعى وشخصى. فالإهمال يكون مقياسه خارجيا عندما يكون السلوك غير عادى . فمثلا إذا سكبنا

الماء فى الطريق العام بطريقة تزيد على الحد ونتج عن ذلك انزلاق وجرح أحد المارة، أو إذا أشعلنا نارا من العادة ألا نشعلها .

لذلك، وتطبيقا لهذا المبدإ، فإن صاحب المهنة لا يكون مسئولا إلا إذا تجاوز عرف المهنة .

وننتقل من المعيار الموضوعى إلى المعيار الشخصى، حيث يُعَدّ الشخص مخطئا عندما لا يعمل ما كان يجب عمله لتفادى الضرر .

ونسوق على ذلك مثالين: (١) فرد من الأفراد يقود قافلة، وحدث أن أحد الجمال دهس أحد المارة. هنا يكون السائق مسئولا لأن من واجبه أن يسهر على حسن سير القافلة، وكان بإمكانه تفادى هذا الحادث . لذا هو معتد بالإهمال .

(٢) أن حدادا يشعل نارا وتصيب شعلة منها أحد المارة فى الطريق. هنا لا يكون الحداد مسئولا إلا إذا أشعل النار خارج دكانه إلى درجة كانت تمكنه من معرفة أن هذه النار يمكن أن تصيب أى شىء موجود بالشارع (حامدية ج ٦- ص٤٢) .

ولا داعى للقول بأن تعمد الإضرار هو أقصى صورة للخطإ الشخصى، فهو إلى جانب التعدى أساس للمسئولية .

- **التعسف فى استعمال الحقوق** :عرفت الشريعة الإسلامية نظرية التعسف فى استعمال الحقوق فى صورتيها الموضوعية والشخصية (قبل القوانين الوضعية بزمن طويل) .

فى الصورة الموضوعية، تتلخص النظرية فى الصيغة التالية : إن ممارسة الفرد لحقه تحمله المسئولية فى حالة ما إذا نتج عن هذه الممارسة ضرر مبالغ فيه غير طبيعى للغير.

ونجد مثالا على هذا التعسف فى حالة المالك الذى يحول منزله إلى حمام عمومى يخرج منه دخان كثيف يضر ضررا كبيرا بجيرانه (برازية ج٦ - ص٤١٥) .

كذلك، الجار الذى يقوم بتعلية جدار منزله بطريقة تجعل المنور الوحيد الذى يمر منه الضوء إلى دكان نساج (مجاور) مغلقا، وعليه أن يهدم الجزء من الحائط الذى يمنع الضوء عن جاره (حامدية ج٢- ص٢٦٥) .

كما يُعَدّ ضررا زائدا وغير طبيعي كل من يجرى تعلية يطل منها على مكان الحريم فى بيت جاره.

وفى الصورة الشخصية تحدد النظرية مسئولية الفرد الذى يكون عند ممارسته لحقه مدفوعا بنية الإضرار بغيره، مثل الشكوى (المتهورة) المرسلة إلى السلطة ضد شخص مـــا. فإذا كان المبلغ قد تعمد الكذب، أو حتى لو قال الحقيقة ولكنه لم يعمل ما يلزم لمنع ضرر وقع أو محتمل الوقوع للغير، يكون مسئولا. وليس من الضرورى أن يتوافر لدى الشخص نية الإضرار بالغير، بل يكفي أن يكون قد تصرف (بتسرع) بدون أى مصلحة شرعية مما أحدث ضررا بالغير .

افتراض الخطإ : قـــبل أن نـــنهى البحث فى مسألة الخطإ، يجب الإشارة إلى أن الشريعة الإسلامية لا تعترف بافتراض الخطإ. فالرئيس غير مسئول عن عمل تابعه ولا الأب عن عمل طفله، إلا إذا كان هناك أمر صريح منه (صادر من الرئيس أو الأب) وفى هذه الحالة يمكن لنا أن نفسر المسئولية بنظرية الإكراه بدلا من الالتجاء إلى نظرية الخطإ المفترض .

أما بالنسبة للمسئولية عما يحدثه الحيوان، يوجد مبدأ معروف، نلخصه فيما يلى : "جناية الحيوان لا تستوجب التعويض"، ويعبرون عنه بقولهم: "جناية العجماء جبار" .

لذلـــك، فإن حارس الحيوان لا يكون مسئولا إلا إذا ثبت وقوع الخطإ من جانبه حـــتى إن كان مجرد خطإ سلبى يوصف بأنه امتناع خاطئ. وتوضح المادة ٩٢٩ من المجلة "أن صاحب الحيوان إن رآه يتلف ملك غيره دون أن يمنعه من فعل ذلك، فإنه يكـــون مسئولا عن الضرر". (انظر كذلك المواد ٩٣٠، ٩٣١، ٩٣٢، ٩٣٤ من المجلة والصفحة ١٥ من تقرير جود بى) .

بـــل إن الشـــافعية وصـــلوا إلى نوع من قرينة الخطإ فى بعض الأحوال: "نقرأ فى الوجيز ج ١١– ص١١٣) أن حراسة الحيوان خلال الليل هى من مسئولية صاحبه. هنا نجد قرينة خطإ ضده. لأنه كان عليه أن يحرس الحيوان وأن يمنعه من الهروب حتى لا يحـــدث أضـــرارا. فإذا كان الحيوان يهرب ويحدث أضرارا، فإن معنى ذلك، أن صاحبه لم يقم بواجبه فى حراسة الحيوان .

ويبقى الآن أن نبحث المسئولية عن الأشياء الجامدة .

يتمســـك الفقهـــاء المسلمون بمبدإ أن المسئولية لا تنشأ إلا عن عمل صادر عن نشاط مباشر للإنسان . فلا مسئولية فى حالة مالك الشيء (كما إذا سقط جداره)،

طالما لا يوجد عمل إيجابي من جانبه يكون سببا مباشرا أو غير مباشر للضرر (بحر، ج ٨ - ص٣٥٣) .

وفى حالة سقوط جسم منقول وضعه مالكه على جداره، يقولون هنا أيضا : "طالما أن هـــذا الشيء قد وضع فى ملكه"، فإنه لم يقم بأى تعدٍّ أو بأى عمل غير مشروع (بحرج ٨ - ص٣٥٣) . فى هذا المجال، طبقت الشافعية المبدأ تطبيقا كاملا .

أما الحنفية، فكانوا أكثر مرونة وأقرب إلى فكرة افتراض الخطإ .

وبصفة عامة، تسلم الحنفية بمسئولية مالك الجدار الذى به عيب فى الإنشاء يجعله خطرا على الغير. هنا، فإن المالك لا يتحمل مسئولية الضرر الذى تسبب بتشييده لهذا الجدار، إلا إذا كان قد تلقى تحذيرا مسبقا بهذا الخصوص. ولكن إذا كان المالك قد تجاوز فى بناء الجدار حدود ملكه لملك الغير، فى هذه الحالة لا يشترط الإنذار المسبق.

ب ـ الضرر

إن الشرط الثاني الضروري لتحقيق المسئولية التقصيرية هو الضرر. فقد أصر الفقهاء المسلمون على أن يكون العمل الخاطئ قد تسبب فعلا فى ضرر حقيقى. فالشخص الذى يذبح شاة مملوكة للغير، ولكنه يتوصل إلى إثبات أنها كانت على وشك الموت عندما قام بذبحها، يكون غير مسئول . أو من يتلف عملة زائفة، لا يكون مسئولا لأنه لم يحدث ضررا نتيجة الإتلاف .

علينا أن نقوم بإصلاح الضرر المباشر بالكامل . مثلا فى حالة الشخص الذى يذبح حملا صغيرا، يكون مسئولا ليس فقط عن فقدان هذا الحمل، وإنما يسأل أيضا عما ترتب على ذلك من جفاف حليب أمه (فصولين ج٢،ص٨٧) . كما أن من يتهم شخصا زورا أمام الحاكم، لا يكون مسئولا فقط عن العقوبة التى حكم بها عليه ظلما، وإنما يسأل عن موت هذا الشخص فى أثناء محاولته الفرار هربا من هذا الحكم الظالم (رد ج٥، ١٨٦).

إن الضرر المادى وحده هو الذى يستحق الضمان . أما الضرر الأدبي وحده، فلا يترتب عليه المسئولية المدنية . ويقول بعضهم إن الإهانة، حتى ولو تسببت فى ألم نفسى للغير لا يترتب عليها التعويض (بحرج٨ ،ص٣٤-مبسوط ج١٦، ص٨١) .

(لو شتمه شتما يؤلم نفسه لا يضمن شيئا)

الأصل أن الضمان يجب أن يكون عينيا . ولكن فى حالة استحالة رد الشيء عينا، يجب التعويض عنه . "إذا كان الشيء الذى وقع إتلافه مثليا، يجب الرد بمثله . أما إذا كان غير مثلى فإنه يدفع ثمنه" (البدائع ج٧،ص١٦٨) .

فى تحديد التعويضات، بالرغم من الاتجاه فى الفقه إلى وضع القيود الجامدة، فإن أبا يوسف لا يقبل بهذا الجمود، ويرى أنه من الضرورى أن يكون تعويض الضرر عادلا (هندية ج٦، ص٥٤).

فى الشريعة الإسلامية، يجوز الإكراه البدنى على المدين القادر الممتنع عن سداد دينه المدنى .

وفى حالة تعدد المسئولين، لا يكونون متضامنين بل يلتزم كل منهم بنصيبه .

ج- علاقة السببية

المفهوم الموضوعى لعلاقة السببية

قدم الفقهاء المسلمون مفهوما ضيقا لعلاقة السببية . فقد وضعوا مبدأ أن الضرر يجـــب أن يكون مقصورا على نتيجة العمل التقصيرى (الخاطئ) . فإذا ما توسط أمر بين العمل والضرر، تنقطع علاقة السببية .

وقـــد طـــبق هذا المبدأ بصرامة زائدة فى المثال الآتى : شخص يطلق حيوانا فى الشارع العام لا يكون مسئولا عن هذا العمل، فى حالة ما إذا كان هذا الحيوان بعد أن مشى فى الاتجاه الذى دفعه إليه صاحبه يقف برهة ثم يغير اتجاهه، مما يسبب ضررا، لأن عمـــل هذا الشخص قد انقطع بسبب وقوف الحيوان، والضرر الواقع بعد ذلك ليس نتيجة عمل هذا الشخص ولكنه نتيجة الحركة الخاصة بالحيوان (فصولين ج١١ – ص٨٤) .

كذلـــك، فـــإن الشخص، فى نظر صاحب (الفصولين ج١١ – ص ٨٥)، الذى يفتح باب القفص ويهرب منه الطائر، لا يكون مسئولا لأنه بعد العمل الذى قام به، قام الطائر بعمل آخر بالخروج من القفص بإرادته واختياره وانقطعت علاقة السببية فى نظر هذا الفقيه .

وقـــد أوردت المجلة هذا المبدأ فى المادة ٩٠ كما يلى : "إذا وجد فى نفس الوقت فاعل مباشر،بمعنى أنه شخصيا يرتكب عملا، وشخص آخر كان السبب غير المباشر فى هذا العمل، يكون الأول هو المسئول الوحيد (لأنه ارتكب الفعل المباشر) .

وعبر عن ذلك بقولهم : "إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر" .

وتطبيقا لهذا المبدإ، نقرأ فى الوجيز ج٢، ص٩١ ما يلى : "فى كل مرة اجتمع فيها عاملان فى إحداث النتيجة، فإن الأوْلى (الأقوى) يتحمل المسئولية . فالشخص الذى يحفر حفرة فى الطريق العام لا يكون مسئولا إذا جاء شخص آخر ووضع حجرا على حافة الحفرة فاصطدم به أحد المارة وسقط فى الحفرة ولقى حتفه، لأن هذا الأخير هو المسئول الوحيد عن هذا العمل (بحر ج٨،ص٣٤٩) .

الخروج عن المبدإ : لم يلبث هذا المفهوم الضيق أن تحدث به خروقات. فقد توصل الفقهاء المسلمون إلى القول بأنه لكى يعفى المتسبب فى الضرر من المسئولية يجب ألا

يكون العمل الذى قام به يمكن أن يؤدى إلى هذا الضرر وحده، لأنه فى هذه الحالة، فإن المتسببين فى هذا الضرر يشتركان فى المسئولية .

"إن المتسبب إنما لا يضمن مع المباشر إذا كان السبب (المنسوب له) شيئا لا يعمل بانفــراده فى الإتلاف. أما إذا كان السبب يعمل بانفراد فيشتركان" (الرد ج ٥،ص ٥٣٢) . فمــثلا، حصان يركبه شخص ويقوده شخص آخر يدهس أحد المارة. فإن السائق الذى يُعَدّ المتسبب فى هذا الضرر يكون مسئولا هو والراكب .

هــناك قيــد ثان : تستبعد مسئولية المتسبب الأول فى الضرر وتستبقى مسئولية الــثاني، فى حالة ما إذا كان العمل الذى قام به الأول لا إراديا أو نتيجة قوة قاهرة . فالذى يقع (خطأ) فى حفرة مفتوحة بدون وجه حق فى الطريق العام على شخص آخر كــان موجودا من قبل فى هذا الحفرة فيقتله، لا يكون مسئولا وإنما المسئول الوحيد هو الشخص الذى حفر الحفرة لأن خطأه يُعَدُّ الأوْلى (الأقوى) .

وأخيرا، وصلنا إلى القول بأن من أحدث السبب الأضعف يتحمل المسئولية إذا لم نقــرر مســئولية من أحدث السبب الأقوى . لذلك، فإنه إذا كان من وضع الحجر مجهولا، يكون مسئولا من حفر الحفرة ويلتزم بتعويض الضرر الذى حدث للشخص الذى اصطدم بالحجر ووقع فى الحفرة .

وهكــذا، نــرى أن مفهوم السببية قد أصبح شيئا فشيئا أكثر مرونة، وابتعد عن المفهوم الموضوعى الذى أشرنا إليه آنفا.

لقــد رأيــنا أن البعض قد ذهب إلى أن الشخص الذى يتهم باطلا شخصا آخر يكون مسئولا عن النتائج المترتبة عن هذا الاتهام الباطل، بما فى ذلك ما يحدث للمتهم الــذى، فى أثــناء استجوابه، يحاول الفرار بالقفز فيسقط ويموت أو يصاب بالجروح (فصولين ج٢،ص٧٩) .

أسباب الإعفاء : تستبعد المسئولية، إذا أتى الضرر من جراء حادث عارض أو قوة قاهرة أو فعل الغير. مثل ذلك، طفل يخطف من والديه ويموت بين يدى خاطفه بسبب صاعقة تصيبه، لا يكون الخاطف مسئولا عن وفاته (بداية ج٧،ص١٦٦) .

كذلك، حصان جمح فى الطريق العام وتسبب فى قتل أحد المارة . فى هذه الحالة، لا يُعَدّ الفارس مسئولا لأن حركة الحصان كانت على درجة كبيرة من القوة والعنف إلى درجة لم يتمكن معها من السيطرة عليه (ضمانات ص١٦٦) .

وحصان يقوده شخص يرفس أحد المارة ويسبب له ضرر . ولكن حركة الحصان لم تكن طبيعية، بل أنها كانت نتيجة وخزة قام بها أحدهم (غير القائد) . هنا لا يكون قائده مسئولا (مبسوط ج١٦،ص٢) .

أسباب الإباحة : الدفاع الشرعي هو من أسباب الإباحة . فالشخص الذى يتعرض للهجوم بسلاح، سواء كان بالليل أو بالنهار، ويقتل المهاجم أو يسبب له ضررا أدنى، لا يكون مسئولا لأن "المهاجم قد أباح دمه بنفسه". وهنا توجد ضرورة، وهى ضرورة منع الخطر (هداية ج٤،ص١٣٣) . كذلك، المرأة التى تتعرض لمحاولة اغتصاب وليس أمامها إلا قتل المهاجم . فى هذه الحالة، لا تكون المرأة مسئولة عن هذا القتل، لأنها لم تجد وسيلة أخرى غير ذلك لحفظ نفسها (ضمانات ص١٦٦) .

إن حالة الضرورة ليست سببا للإباحة . فالمادة ٣٣ من المجلة تنص على :"أن الضرورة لا تسقط حق الغير (مدنيا). وهكذا،فإن الشخص الذى يوشك على الموت جوعا ويستولى على طعام غيره، يجب عليه دفع قيمة هذا الطعام". وتضيف المادة ٩١٩ من المجلة : "أن المالك الذى يهدم منزل جاره لتجنب الحريق الذى اندلع فى الحى من أن ينتقل إلى منزله، يلتزم بتعويض هذا الجار" .

ولكن إذا كانت حالة الضرورة نتيجة إكراه ملجئ (ضرورة ملجئة – خطر يهدد حياة الشخص أو فقد أحد أعضائه)، فإنها تكون سببا من أسباب الإباحة .

إن الأمر الصادر عن السلطة الشرعية يمنع المسئولية. فالذى يحفر حفرة فى الطريق العام بأمر من السلطة الشرعية أو حتى بإذن منها لا يتحمل مسئولية الأضرار الناتجة عن عمله . (خانية ج٣، ص٢٠٧) و(البدائع ج٧، ص٢٧٧) .

كذلك، فإن رضاء المتضرر المسبق يسقط المسئولية (المدنية)، ذلك أنه إذا ألزمناه بالتعويض، فسوف يكون له الحق فى الرجوع على من يطلب منه ذلك . وهذا نوع من الدور .

"إذا أتلف مال الإنسان بإذنه لا يجب الضمان لأن عدم الوجوب ليس لعدم العصمة، بل لعدم الفائدة لأنه لو وجب الضمان عليه لكان له أن يرجع عليه بما ضمنه فلا يفيد" (البدائع ج٧،ص١٦٨) .

الخاتمة

لقد طفنا بالمبادئ الجوهرية للمسئولية المدنية والجنائية فى الشريعة الإسلامية . ولم يبق لنا إلا أن نستخلص منها بعض النتائج .

١ - نلاحظ أن الاتجاه الموضوعى هو الغالب فى الشريعة الإسلامية . لقد رأينا أن هــذا الاتجاه كان واضحا وجليا فى نظرية المسئولية بسبب الأضرار البدنية . كما أن نفس النظرية تهيمن أيضا على المسئولية بسبب الأضرار التى تصيب المال . كل ضرر مباشـــر يُعَدّ موضوعيا، بل إن مفهوم الخطإ والضرر وعلاقة السببية ونظرية التعسف كلها مشبعة بالموضوعية .

هــذا الاتجــاه الموضوعى المسيطر فى فقهنا يسهل علينا فى الواقع قبول النظريات الموضـــوعية العصرية، مثل نظرية تحمل التبعة ومسئولية الأشخاص عديمى التمييز فى نطاق الشريعة الإسلامية .

ومـــع ذلك، فإن الاتجاه الشخصى لم يتأخر عن الظهور، وبدأ يتحرك تدريجيا فى عدة مجالات كانت من قبل لا تقبل إلا وجهة النظر الموضوعية . وهكذا، فإن مفهوم الخطإ وكذلك مفهوم علاقة السببية قد تطورا بشكل ملموس فى اتجاه شخصى .

٢ - وكما عرضته فى السابق، فإن الفقه الإسلامى يحتوى فى حد ذاته على نواة تطـــوره . وليـــس من الصعب أن نقوم بتحديد الخط الفاصل بين المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية . فبالنسبة للمسئولية الجنائية، رأينا كيف أن الشريعة الإسلامية تَعُدّ بعض الأفعال جرائم عامة تستوجب عقوبات حدية مقررة بنصوص شرعية (الحدود)، وتستلزم أدلة قانونية متعذرة التحقيق . فإذا تركنا جانبا هذه الجرائم التى يصعب فيها الإثـــبات، أمكنـــنا وضع نظام جنائى عصرى فى الشريعة الإسلامية باستعمال نظرية التعازير .

ويمكن للمشرع فى مختلف الدول المسلمة، ودون الخروج عن نطاق هذا النظرية، أن يجـــرم فى البداية أفعالا معينة، وأن يحدد لها عقوبات بنصوص مقننة . كما أنه فى إمكانه أن يفوض القاضى فى ذلك، كلما اقتضى الحال .

٣- أمـــا بالنســـبة للمسئولية المدنية، فإن الشريعة الإسلامية تبدو أكثر تقدما فى مجـــال تعويـــض الضرر الذى يصيب المال . لقد وصل الفقهاء المسلمون فى تطوير

مفهومهم للخطإ بشكليه الموضوعى والشخصى، إلى درجة تغنينا عن التطلع للأنظمة الحديثة . ففى مجال الأضرار البدنية، لا يزال تطور الشريعة الإسلامية متوقفا . ولكننا لدينا ما يفتح لنا الطريق لهذا التطور الضرورى بالتوسع فى سلطة القاضى التقديرية . فـإذا تركنا الحالات التى يجب فيها القصاص أو الدية، وهى حالات نادرة كما سبق ورأينا، فإننا سنجد أنفسنا أمام الأضرار البدنية التى تركت للتقدير المطلق للقاضى . إذن، فـإن الطريق مفتوح لإعداد نظام للمسئولية المدنية بجميع صورها، لا سيما أن نظـرية التعزير، بغض النظر عن مجالى الأضرار البدنية أو الأضرار التى تصيب المال الـتى تقابلها نظرية العقوبات العمومية، ستسهل مهمة القاضى فى إعداد هذا النظام، بشرط أن نميز فى هذا النطاق بين الجزاء الشخصى والجزاء العام .

وبناء عليه، يمكن مواصلة تطوير النظام الإسلامى فى مجال المسئولية بواسطة ثلاثة مبادئ أساسية : نظرية العقوبة العامة فى التعازير التى ستكون حجر الأساس فى إعداد قـانون جنائى حديث، ونظرية الجزاء الشخصى، وتوسيع سلطة القاضى التقديرية . وستكون هذه المبادئ الثلاثة نقطة انطلاق نظام المسئولية المدنية لتساير متطلبات كل عصر .

ملحـــــــوظة

التزمـنا بـترجمة عباراته الفرنسية فيما نقله عن كتب التراث بما فى ذلك اختصاره لأسماء الكتب ، ولفائدة كل باحث يرغب فى الرجوع إلى الأصول العربية لتلك الكتب، نورد هنا بيانها لمزيد من الوضوح :

البداية ج٧ — للميرغنانى .

المبسوط ج٢٦ – ج١٦ — للسرخسى .

الفصولين ج١١ –ج٢ — قاضى سماوة .

مجمع الضمانات ج٢ -ج٢ - البغدادى .

الحامدية ج٦ -ج٢ - الفتاوى الحامدية.

برازية ج٦ - الفتاوى البرازية .

مجلة الأحكام العدلية المواد ٩٣٠ - ٩٣٤ .

الوجيز ج١١ - الرافعى (الشافعى) .

البحر ج٨ - ابن نجيم الحنفى .

رد المختار ج٥ - لابن عابدين .

البدائع ج٧ ص١٦٨ - بدائع الصنائع للكاسانى.

الفتاوى الهندية ج٦ - مجموعة من علماء الهند.

الوجيز ج٢ - الرافعى (الشافعى) .

فهرس (ج)

أركان الجريمة "عوده"

الحاشيـة (الشاوى)

الجزء الثالث ـ من المجلد الأول

الأركان العامة للجريمة

رقم البند		الصفحة
		الأصل الحاشية
377	– الردة جريمة ككل الجرائم	ج/٢٣٨ (470)
	– الإهدار لا يعطى للفرد العادى حق توقيع عقوبة لم يحكم بها القضاء، لأنه وحده الذى له الحق فى الحكم بالإدانة فى جميع الجرائم بما فيها الحدود والقصاص... وبما فيها الردة	ج/٢٣٩ (471)
	– لن يجادل أحد فيما قلنا به إذا كان الحكام (السلاطين) يقومون بواجبهم في تطبيق الأحكام الشرعية، ولكن تقصيرهم في ذلك دفع كثيرين من فقهائنا لترجيح الرأي الذي نعارضه	ج/٢٤٠ (472)
	– عدم قيام الدولة بتنفيذ الحدود لا يبيح للفرد أن يقوم بذلك في نظرنا، وإنما يوجب عليه مقاومة السلطة التى لا تقوم بهذا الواجب الشرعى الذى هو المبرر لوجود الدول فى شريعتنا	ج/٢٤١ (473)
	– نرى أن من يستبيح لنفسه تنفيذ الحد مخطئ، وأقصى ما يمكن القول به أنه يمكن إسقاط القصاص أو الحد عنه لوجود الشبهة، لكنه يستحق التعزير عن فعله	ج/٢٤٢ (474)
	– الردة تكون خيانة عظمى ويعاقب عليها بهذه الصفة إذا كانت انحيازا لأعداء الإسلام ومساعدة لهم ضد الأمة وعقيدتها وحقوقها	ج/٢٤٣ (475)
٣٧٨	– (ثالثا) الزانى المحصن	ج/٢٤٤
378	– مرتكبو الجنايات الكبرى – وعقوبة الزنا	ج/٢٤٧ (476)
	– المجتمع هو الذى له حق توقيع العقوبات المقدرة حدا أو قصاصا، ويمثله القضاء وحده، وليس للفرد حق اغتصاب سلطة القاضى، وعليه أن يرفع الأمر للقضاء، لا أن يتولى الادعاء والحكم معا	ج/٢٤٨ (477)
	– نؤيد رأى الأمام الشافعى، وإن كنا نجيز إسقاط القصاص لوجود شبهة، ونرى أن يكتفى بالتعزير فى هذه الحالة	ج/٢٤٩ (478)
	– إباحة إقامة الحد أو القصاص دون رجوع للقضاء يوقع المجتمع فى فوضى لا تقرها شريعتنا	ج/٢٥٠ (479)



رقم الإيداع ٥٣٦٤ / ٢٠٠١
الترقيم الدولى 1 - 0711 - 09 - 977

مطابع الشروق
القاهرة :٨ شارع سيبويه المصرى ـ ت:٤٠٢٣٣٩٩ ـ فاكس:٤٠٣٧٥٦٧ (٠٢)
بيروت : ص.ب: ٨٠٦٤ ـ هاتف : ٣١٥٨٥٩ ـ ٨١٧٢١٣ ـ فاكس : ٨١٧٧٦٥ (٠١)